Der Minderkaufmann.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Graf Julius von Zech sonst von Burkersroda
Referendar in Wernigerode a./H.

Otto Wigand
Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.
Leipzig 1909.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Abschnitt. **Allgemeines** 9
§ 1. Der Kaufmann im Allgemeinen 9
§ 2. Die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft . 10
§ 3. Die Begründungsmöglichkeiten der Kaufmannseigenschaft 15
§ 4. Die Arten der Kaufleute 17
§ 5. Die Minderkaufleute nach dem A.D.H.G.B. und nach dem H.G.B. vom 10. Mai 1897 18
§ 6. Die Kaufmannseigenschaft als Voraussetzung der Minderkaufmannseigenschaft 19

II. Abschnitt. **Der Kreis der Minderkaufleute** 20
§ 7. Handwerker 20
§ 8. Kleingewerbetreibende 37
§ 9. Die Befugnisse der Landesregierungen 44

III. Abschnitt. **Vorschriften, die auf Minderkaufleute keine Anwendung finden** 49
§ 10. Die Vorschriften über die Firmen 49
§ 11. Die Vorschriften über die Handelsbücher . . . 65
§ 12. Die Vorschriften über die Prokura 68
§ 13. Die Ausnahmen der §§ 348 bis 350 69
§ 14. Die übrigen handelsrechtlichen Vorschriften . . 70
§ 15. Ausnahmen aus anderen Gesetzen 71
§ 16. Übergangsbestimmungen 72

IV. Abschnitt. **Einzelne Besonderheiten** 74
§ 17. Vollkaufmann und Minderkaufmann in einer Person 74
§ 18. Der zu Unrecht im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann 75
§ 19. Vereinigungen von Personen zu einem minderkaufmännischen Geschäftsbetrieb 81

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546812_0010

Literaturverzeichnis.

Abraham, Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers. Heidelberger Dissertation.

Anschütz und von Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Erlangen, Bd. 1 1868. Bd. 3 1874.

Bang, Die rechtliche Stellung der Handwerker nach dem Handelsgesetzbuche. Leipziger Dissertation.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin u. Leipzig 1886.

Bovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht. Halle 1905.

Buchka, Oetker und Lehmann, Civilprozeßordnung, Konkursordnung und Handelsgesetzbuch in alter und neuer Gestalt. Berlin 1899. (Buchka-Lehmann).

Cohn, im Recht. 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Auflage. Stuttgart 1903.

Dove, Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 1898.

Düringer, im „Recht". 1900.

Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. 1. Mannheim 1898.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- uud Wechselrechts. Bd. 1. Leipzig 1881.

Frankenberger, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 2. Auflage. München 1901.

Fuld, Fabrik und Werkstätte, im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 13, S. 537 ff.

Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 3. Auflage. München 1905.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. umgearb. Aufl. Berlin 1899.

Gareis und Fuchsberger, Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Gaupp-Stein, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 6. und 7. Auflage. Tübingen und Leipzig 1904.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Band 1. Berlin 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. völlig umgearbeitete Auflage. Stuttgart 1875.

Goltdammer, im Archiv für Rechtsfälle XII.

Göppert in Goldschmidt's Zeitschrift IIIL.

Grotefendt, Vollkaufmann und Minderkaufmann. Breslauer Dissertation. 1899.

von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Braunschweig, Bd. 1, 4. Aufl. 1894. Bd. 2, 2. Aufl. 1875.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. 6. Bd. Berlin 1897.

Helmecke, Der Begriff des Minderkaufmanns. Leipziger Dissertation. 1906.

Immerwahr, Der Minderkaufmann. Rostocker Dissertation. 1893.

Jacobsen, Die Minderkaufleute nach dem Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897. Leipziger Dissertation. 1901.

Königsberger, Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers. Berlin 1894.

Kuckuk, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 1904.

von Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. 4. Auflage. München 1903.

Lastig, Der Gewerbetreibenden Eintragspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer. Halle 1903.

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.

Lotze, Zum Begriff des Kleingewerbes in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts XLIV.

Makower, Handelsgesetzbuch. 13. Auflage. Berlin 1906.

Mühlmann, Der Minderkaufmann. Leipziger Dissertation. 1906.

Müller, Der Minderkaufmann einst und jetzt. Leipziger Dissert. 1904.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Auflage. Berlin 1886.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 13. Aufl. Berlin 1896.

Plange, Der Minderkaufmann. Leipziger Dissertation. 1903.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. 4. Aufl. Leipzig, Bd. 1, 1893. Bd. 2, 1894.

Richter, Der Minderkaufmann. Leipziger Dissertation. 1908.

Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.

Ritter, Landwirtschaftliches Nebengewerbe, im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 20.

Schirrmeister, in Goldschmidts Zeitschrift III.
Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung. 8. Auflage. Bd. 1.
Stern, Der Handelsnamen des Minderkaufmanns. Marburger Dissertation. 1906.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Auflage. Berlin 1906.
Thöl, Das Handelsrecht. 6. Auflage. Leipzig 1879.
Weiß, Über den Begriff des Minderkaufmanns. Leipziger Dissertation. 1905.
Weitzsäcker in Busch: Zeitschrift für deutschen Civilprozeß XXVIII.
Wolff, in Goldschmidts Zeitschrift IIIL.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Johow-Ring, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Juristen-Zeitschrift, Deutsche.
Juristische Wochenschrift.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

I. Abschnitt.

Allgemeines.

§ 1.

Der Kaufmann im Allgemeinen.

„Kaufmann im Sinne dieses Gesetzes ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt", so lauten die ersten Worte des H.G.B. vom 10. Mai 1897. Damit hat das Gesetz an seine Spitze den Kaufmannsbegriff gestellt. Handelsgeschäfte erhalten ihre rechtliche Natur als solche erst dadurch, daß sie von einer Person vorgenommen werden, die den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 entspricht.

Während nach dem A.D.H.G.B. der gewerbsmäßige Betrieb eines der in Art. 271, 272 aufgezählten Handelsgeschäfte für die Eigenschaft des Kaufmanns maßgebend war, ist es jetzt der Betrieb eines jeden kaufmännisch betriebenen gewerblichen Unternehmens überhaupt [1]).

Darin liegt der grundsätzliche Unterschied zwischen den beiden Gesetzen.

Das Handelsrecht des A.D.H.G.B. war Tatbestandsrecht. Aus dem rechtlich eigentümlichen Tatbestande gewisser Geschäfte floß für den, der sie vornahm, die Kaufmannsqualität. Die in Artikel 271 aufgezählten Handelsgeschäfte, die sogenannten absoluten, wurden immer nach Handelsrecht beurteilt,

1) Staub 28.

selbst wenn von einem Nichtkaufmann vorgenommen. Das Handelsgeschäft war Voraussetzung des Kaufmanns.

Anders das H.G.B. Der Begriff der einzelnen Handelsgeschäfte ist nicht mehr ein innerlich, vom Handelsgewerbe losgelöster, sondern ein von ihm abhängiger. Absolute Handelsgeschäfte gibt es nicht mehr. Die Handelsgeschäfte werden vielmehr erst dadurch zu solchen, daß sie von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen werden. Der Kaufmann ist Voraussetzung des Handelsgeschäfts.

Die letzten Folgerungen seiner Grundauffassung zu ziehen, hat das Gesetz nicht gewagt. Sonst müßte § 1 Abs. 2 gestrichen und §§ 2 und 3 als allein entscheidende Norm für den Begriff des Handelsgewerbes anerkannt werden [1]).

Durch die Beibehaltung der Kategorien der sogenannten subjektiven Grundhandelsgeschäfte gibt das Gesetz verschiedene Begründungsmöglichkeiten der Kaufmannseigenschaft, solche kraft Betriebes eines Grundhandelsgeschäfts und solche kraft Eintragung.

Damit hat das Gesetz in vielen Fällen, bei dem Minderkaufmann sogar stets, die tatsächliche Abhängigkeit des Kaufmannsbegriffs vom Handelsgeschäft aufrecht erhalten [2]).

§ 2.

Die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft.

„Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt". Drei Voraussetzungen sind es, von denen das Gesetz mit diesen Worten die Erlangung der Kaufmannsqualität abhängig macht:

1) Lehmann-Ring a. a. O.
2) Lehmann-Ring a. a. O.

ein Handelsgewerbe,
ein Betreiben desselben,
ein Betreibender.

Das H.G.B. zählt in den §§ 1 Abs. 2, 2 und 3 auf, was es als Handelsgewerbe betrachtet wissen will. Danach ist Handelsgewerbe einmal jeder Gewerbebetrieb, welcher eine der in § 1 Abs. 2 Ziffer 1 bis 9 bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstand hat, ferner jedes gewerbliche Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und endlich ein mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft verbundenes Unternehmen, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellt, sofern dasselbe im Handelsregister eingetragen ist.

In jedem der drei Paragraphen kommt der Ausdruck „Gewerbe“ vor. Eine Definition dieses Wortes gibt das Gesetz nicht. Ein bei der Beratung des A.D.H.G.B. gestellter Antrag, den Ausdruck „gewerbsmäßig“ zu definieren, wurde damals abgelehnt, da die Aufstellung einer zutreffenden allgemeinen Begriffsbestimmung untunlich und der Ausdruck „gewerbsmäßig“ populär genug sei, um einer richtigen Anwendung in einzelnen Fällen versichert sein zu können [1]). So sagt auch die Denkschrift zum H.G.B.[2]): „Gewerbliches Unternehmen braucht im Gesetz nicht näher erläutert zu werden. Schon vermöge der Bedeutung, welche ihm im allgemeinen Sprachgebrauch zukommt, genügt er, um die Ausübung der Kunst, der Rechtsanwaltschaft, des ärztlichen Berufs usw. auszuschließen“.

---

1) Protokolle 1306.
2) Hahn, Materialien 197.

Dadurch, daß das Gesetz eine Definition des Wortes Gewerbe ablehnt, verweist es uns auf den allgemeinen Sprachgebrauch. Danach ist Gewerbe eine auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit, die als solche nach außen hervortritt [1]).

Es genügt also nicht eine nur zufällige und gelegentliche Tätigkeit [2]), sondern die Absicht des Gewerbetreibenden muß auf den Abschluß einer ganzen Reihe von Geschäften gerichtet sein [3]). Dabei ist aber nicht nötig, daß er ausschließlich in dem Gewerbe seinen Beruf und die Nutzbarmachung seines Vermögens und seiner Arbeitskräfte sucht und seine soziale Existenz begründet [4]). Ebensowenig ist es erforderlich, daß die Tätigkeit wirklich andauert. Es muß nur aus den abgeschlossenen Geschäften die Absicht hervorgehen, fortgesetzte Erwerbshandlungen vorzunehmen [5]).

Die Tätigkeit muß auf Erwerb gerichtet sein. Der Gewerbetreibende muß die Absicht haben, Gewinn zu machen. Wird bloß Deckung der Selbstkosten bezweckt, so liegt ein Gewerbe nicht vor [6]). Nicht nötig ist allerdings, daß jedes einzelne Geschäft tatsächlich Gewinn bringt. Es genügt, daß die Absicht des Gewerbetreibenden auf die Erzielung von Gewinn aus seiner ganzen Tätigkeit gerichtet war [7]).

Daher ist eine rein wissenschaftliche, künstlerische oder literarische Beschäftigung nicht als Gewerbe an-

---

1) R.G. Entsch. XXXVIII, 20.

2) R.O.H.G. III, 407, XIV, 118.

3) Düringer-Hachenburg I, 25, Makower 3, Goldmann I, 2, Grotefendt 2.

4) Anschütz-Völderndorff 30.

5) R.O.H.G. IX, 436.

6) Lehmann-Ring I, 4, Makower 2, R.G. XXXVII, 297.

7) Staub 30.

zusehen, da hier die Tätigkeit nicht in erster Linie auf Erwerb gerichtet ist[1]). Dasselbe gilt von dem Ausüben seines Berufs seitens eines Beamten. Dagegen entfällt der Begriff der Gewerbsmäßigkeit nicht dadurch, daß der erhoffte Gewinn andern als gewinnsüchtigen Zwecken dienen soll, so daß z. B. der Staat oder die Gemeinde auch für Unternehmungen, deren Gewinn der öffentlichen Wohlfahrt dienen soll, Kaufmann ist[2]).

Diese auf dauernden Erwerb gerichtete Tätigkeit muß sich nach außen hin dokumentieren. Letzeres Erfordernis wird von Staub[3]) nicht aufgestellt, da das Gesetz dies nicht ausdrücklich verlange. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Erwerbswille nicht erkannt werden kann, wenn ihn der Gewerbetreibende nicht nach außen kundtut[4]).

Das Handelsgewerbe muß betrieben werden. Auch das Wort „betreiben“ ist im Gesetz nicht definiert. Eine Entscheidung des R.O.H.G.[5]) nennt denjenigen einen Betreibenden, der unmittelbar aus dem Handelsgeschäft berechtigt und verpflichtet wird, und das R.G.[6]) verlangt, daß auf seinem Namen die Geschäfte abgeschlossen werden. Eine persönliche Mitwirkung des Betreibenden ist nicht nötig. Ebensowenig, daß er das Geschäft auf eigene Rechnung betreibt. So ist z. B. ein Mündel, in dessen Namen der Vormund ein

---

1) Gareis 5, Entsch. d. O.V.G. v. 5. V. 1898 in D.J.Z. III, 331.

2) Ritter 12, Behrend 102, Düringer-Hachenburg 25, Staub 31, R.O.H.G. III, 407 u. a. m.

3) 31.

4) Goldmann I, 2, Goldschmidt 54, Düringer-Hachenburg 25, 26, Cosack 25, v. Hahn 88, Lehmann-Ring I, 4. R.O.H.G. III, 407, IX, 436, XVII, 158, XXII, 303.

5) VII, 301.

6) XXXVII, 61.

Geschäft führt, Kaufmann, nicht aber der Vormund[1]). Betreibt dagegen der Vormund das Geschäft im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Mündels, so ist er Kaufmann, nicht aber das Mündel[2]). So sind keine Kaufleute diejenigen Personen, welche als Vertreter anderer auftreten, also z. B. Prokuristen, Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft[3]); wohl aber können es Körperschaften des öffentlichen Rechts sein, wenn sie ein Gewerbe betreiben[4]).

Daß das Betreiben ein rechtsgültiges sein muß, bedarf wohl kaum der Erwähnung. So wird ein Minderjähriger, der ein Handelsgewerbe betreibt, dann nicht Kaufmann, wenn er nicht die Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters zum Betriebe seines Geschäfts hat[5]). Zur Rechtsgültigkeit eines Betriebes gehört auch, daß die Rechtsgeschäfte nicht als solche ungültig sind. So ist z. B. der Gewerbebetrieb eines Wucherers kein Handelsgewerbe, denn seine Geschäfte sind nach § 138 B.G.B. nichtig[6]).

Ein Betreibender muß schließlich vorhanden sein. Irgend welche subjektiven Erfordernisse stellt das Gesetz nicht auf: „Wer ein Handelsgewerbe betreibt". Jede Person im Rechtssinne, auch eine Frau, kann Kaufmann sein; nicht hingegen Vereine, die keine juristische Persönlichkeit haben.

Liegen alle diese Voraussetzungen vor, so haben wir es mit einem Kaufmann zu tun und zwar ohne Rücksicht darauf, ob durch Vorschriften des öffentlichen Rechts die Befugnis zum Gewerbebetrieb aus-

---

1) Müller 9.
2) Staub 32.
3) R.O.H.G. XVII, 53.
4) Staub 29.
5) Staub 33.
6) Staub 34.

geschlossen oder von gewissen Bedingungen abhängig gemacht wird[1]).

Der Kaufmannsbegriff des H.G.B. ist nicht nur für das H.G.B. selber, sondern auch für andere Gesetze maßgebend[2]), sei es nun, daß diese direkt auf das H.G.B. Bezug nehmen oder nicht[3]). Ausgeschlossen ist die Anwendung nur dann, wenn ganz besondere Gründe dagegen sprechen[4]).

§ 3.

Die Begründungsmöglichkeiten der Kaufmannseigenschaft.

Wie bereits oben erwähnt, kennt das H.G.B. verschiedene Begründungsmöglichkeiten der Kaufmannseigenschaft. Danach kann man die Kaufleute so einteilen:

1. Kaufleute kraft Gesetzes nach § 1 H.G.B., auch Mußkaufleute genannt.
2. Kaufleute kraft zwangsweiser Eintragung nach § 2 H.G.B., auch Sollkaufleute genannt.
3. Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung, auch Kannkaufleute genannt, § 3 H.G.B.
4. Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, denen um ihrer Form willen Kaufmannseigenschaft beigelegt wird, auch Formkaufleute genannt.

Während bei den Kaufleuten gemäß § 1 H.G.B. die Kaufmannseigenschaft durch den gewerbsmäßigen Betrieb der in § 1 Abs. 2 Ziffer 1—9 aufgezählten Geschäfte entsteht, also von der Eintragung in das Handelsregister unabhängig ist, werden die übrigen

1) § 7 H.G.B.

2) Goldmann 2, Lehmann-Ring 3, Düringer-Hachenburg 24, Ritter 8, Puchelt-Förtsch 15.

3) Ritter 8.

4) Goldmann 2.

Gewerbetreibenden erst durch die Eintragung zu Kaufleuten.

Die Eintragung ist beim Mußkaufmann nur deklaratorischer Natur. Der Beginn sowie das Ende der Kaufmannseigenschaft liegen in dem Beginn und dem Ende des Handelsgewerbebetriebes. Die hier in Frage kommenden Handelsgewerbe sind in § 1 Abs. 2 Ziffer 1 bis 9 aufgezählt.

Bei den Sollkaufleuten ist die Eintragung in das Handelsregister konstitutiver Art. Es handelt sich hier um diejenigen Gewerbetreibenden, die kein Handelsgewerbe gemäß § 1 Abs. 2 Ziffer 1—9 inne haben, deren gewerbliches Unternehmen aber einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Der Unternehmer ist verpflichtet, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen. Er soll vom Registerrichter dazu angehalten werden, nötigenfalls kann dieser ihn durch Ordnungsstrafen zwingen.

Auch bei den Kannkaufleuten wirkt die Eintragung konstitutiv. Der Inhaber eines Unternehmens, das mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft verbunden, nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellt, kann sich im Handelsregister eintragen lassen, falls das Unternehmen einen erheblichen Umfang hat.

Während bei den Soll- und Kannkaufleuten das Gesetz als Voraussetzung der Eintragung ein gewerbliches Unternehmen verlangt, ist dies bei den Formkaufleuten nicht der Fall. Hierher gehören die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaften. Diesen Gesellschaften kommt als solchen juristische Persönlichkeit und Kaufmannseigenschaft zu.

§ 4.

Die Abstufung der Kaufleute.

Begrifflich gehört zu der Klasse der Kaufleute der kleinste Gewerbetreibende oder Handwerker, der Trödler, der in alten Lumpen handelt, der Schuster, der nur wenige Stiefeln im Jahr produziert. Auf diese Leute alle Vorschriften des Handesgesetzes ebenso anzuwenden wie auf einen großen Bankier oder Fabrikbesitzer, wäre eine entschiedene Härte. Teils sind sie zu wenig gebildet, um die schwierigen handelsrechtlichen Vorschriften alle verstehen und befolgen zu können, teils ist ihr Betrieb ein so kleiner, daß die Ausgaben, die eine kaufmännische Geschäftsführung mit sich bringt, im Mißverhältnis zu den Einnahmen aus dem Gewerbe stehen würden.

Auf Grund dieser Erwägungen hat der Gesetzgeber bestimmt, daß auf gewisse in § 4 H.G.B. aufgezählte Klassen von Kaufleuten eine Anzahl von Vorschriften keine Anwendung findet. Man nennt diese Gewerbetreibenden, der Goldschmidtschen Bezeichnung folgend, Minderkaufleute, im Gegensatz zu den Vollkaufleuten. Im Gesetz findet sich keiner der beiden Namen.

Nur die in § 4 aufgezählten sind Minderkaufleute. Personen, denen der Gesetzgeber durch anderweitige Vorschriften mindere Pflichten oder Rechte verliehen hat wie den gewöhnlichen Kaufleuten, gehören nicht dazu. Nicht zum Kreise der Minderkaufleute sind also zu rechnen z. B. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, weil sie nach § 42 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 keine Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte für den ganzen Geschäftsbetrieb bestellen dürfen, oder die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, weil

ihr Handelsbetrieb nach § 36 nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden braucht u. a. m.[1]).

Soweit die nur für Vollkaufleute geltenden Vorschriften dispositiver Natur sind, können die Minderkaufleute dieselben durch Vereinbarung auch auf sich ausdehnen[2]).

§ 5.

Die Minderkaufleute nach dem A.D.H.G.B. und nach dem H.G.B. vom 10. Mai 1897.

§ 4 H.G.B. sagt:

„Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung.

Das Gesetz unterscheidet zwei Arten von Minderkaufleuten

1. Handwerker,
2. Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

Nach dem A.D.H.G.B. waren Minderkaufleute

1. Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Personen von geringem Gewerbebetrieb,
2. Wirte,
3. gewöhnliche Fuhrleute,
4. gewöhnliche Schiffer,
5. Personen, deren Betrieb nicht über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

Bezüglich der Bedeutung der Worte „und dergleichen Personen von geringem Gewerbebetrieb“, be-

1) Vgl. Helmecke 17.
2) Staub 76.

stand eine Kontroverse[1]). Die einen[2]) wollten Höker, Trödler und Hausierer nur als Beispiele eines geringen Gewerbebetriebes ansehen und alle Kleingewerbetreibenden zu Minderkaufleuten machen. Nach der herrschenden Meinung war diese Stelle so auszulegen, daß bei den Hökern, Trödlern, Hausierern die Art, bei Gewerben ähnlicher Gattung der Umfang das Entscheidende sein sollte[3]).

Die in Art. 10 H.G.B. aufgezählten Gewerbebetriebe waren selbst bei Großbetrieb Minderkaufleute, während die dort nicht genannten Geschäfte, auch wenn ihr Betrieb noch so klein war, ihren Inhaber zum Vollkaufmann machten.

§ 6.

Die Kaufmannseigenschaft als Voraussetzung der Minderkaufmannseigenschaft.

Die Erleichterungen des § 4 sind handelsrechtlicher Art; sie kommen nur für Kaufleute in Betracht. Es kann daher niemand Minderkaufmann sein, der nicht in erster Linie Kaufmann ist. Die von uns oben für den Kaufmann aufgestellten Begriffsmerkmale gelten auch für den Minderkaufmann.

In § 3 hatten wir gesehen, daß die Kaufmannseigenschaft auf verschiedene Weise entstehen kann. Von diesen Begründungsmöglichkeiten kommt für den Minderkaufmann nur diejenige kraft Gesetzes in Betracht; die anderen Gewerbetreibenden, denen das Gesetz Kaufmannseigenschaft verliehen hat, erlangen diese durch die Eintragung der Firma in das Handels-

1) Vgl. Immerwahr S. 11—17.
2) Anschütz 79, Thöl § 39.
3) Vgl. die bei Immerwahr S. 13 Anm. 1 angef. Literatur.

register, und vom Handelsregister sind die Minderkaufleute nach § 4 H.G.B. ausgeschlossen. Minderkaufleute können also nur diejenigen Handwerker und Kleingewerbetreibenden sein, deren Gewerbebetrieb eines der in § 1 Abs. 2 Ziffer 1—9 bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat.

II. Abschnitt.

Der Kreis der Minderkaufleute.

§ 7.

Handwerker.

Eine Definition des Wortes „Handwerker“ gibt weder das H.G.B. noch ein anderes Reichsgesetz. Der Handwerkerbegriff ist ein flüssiger und soll ein flüssiger bleiben. Er unterliegt den Schwankungen der Verkehrsanschauungen und den Fortschritten auf dem Gebiete der Volkswirtschaft[1]). Eine allgemein gültige, dauernde Begriffsbestimmung, unter die sich jede Art des Handwerks subsummieren ließe, läßt sich garnicht aufstellen. Ebenso ist die erschöpfende Aufzählung aller derjenigen Gewerbebetriebe, die als Handwerk anzusehen sind, ein Ding der Unmöglichkeit.

„Dem vorhandenen Handwerk treten im Lauf der Zeit stets neue hinzu[2])“.

So sagt das R.G. mit Recht[3]): „Unter diesen Umständen kann die Entscheidung hinsichtlich des Begriffs des Handwerks nur auf dem Gebiete der allgemeinen, beziehentlich einer besonderen örtlichen

1) Plange 7.
2) Lastig 65.
3) R.G. in Strafs. XXI, 209.

Auffassung des Verkehrs hierüber gesucht und gefunden werden."

Im Begriff des Wortes Handwerk liegt es, daß dieses niemals reines Umsatzgewerbe, sondern in erster Linie Produktionsgewerbe ist. Es kann entweder darin bestehen, daß der Gewerbetreibende das Rohmaterial bezw. halb- oder ganzfertige Erzeugnisse anschafft, dieselben be- oder verarbeitet und dann weiterveräußert, oder daß er die Be- oder Verarbeitung von Waren für Andere übernimmt, mit anderen Worten, das Handwerk kann als Produktionsgewerbe mit oder ohne Umsatz vorkommen.

Damit soll nicht gesagt sein, daß jedes Produktionsgewerbe auch Handwerk ist. Es gehören nicht dazu einmal die Urproduzenten, wie z. B. die Land- oder Forstwirte [1]), anderseits nicht die Gastwirte und Apotheker [2]). Die Frage, wenn ein Produktionsgewerbe über das Handwerksmäßige hinausgeht, soll weiter unten behandelt werden.

Die Unterscheidung des Handwerks in Produktionsgewerbe mit Umsatz und Produktionsgewerbe ohne Umsatz ist für das Handelsrecht von allergrößter Wichtigkeit. Wie wir oben gesehen haben, ist nur derjenige Handwerker Minderkaufmann, der den Voraussetzungen des § 1 H.G.B. entspricht. Von den dort aufgezählten 9 Fällen fallen Ziffer 3 bis 8 deswegen fort, weil diese Handelsgewerbe niemals Gegenstand eines Handwerks sein können. Bei den noch übrig bleibenden Fällen betrifft das Gesetz in Ziffer 1 die Handwerker mit Umsatzgewerbe, in Ziffer 2 die Handwerker ohne Umsatzgewerbe, oder Lohnhandwerker. Erstere sind Minderkaufleute, letztere sind überhaupt keine Kaufleute.

1) v. Landmann I, 654. Königsberger 7. Puchelt-Förtsch II, 731.
2) Helmecke 45.

Ebenso behandelt sind in Ziffer 9 die Geschäfte der Druckereien. Liegt daher bei einem Gewerbe nach § 1 Abs. 2 Ziffer 2 und 9 handwerksmäßiger Betrieb vor, so wird hierdurch keine Kaufmannseigenschaft erzeugt. Die betreffenden Handwerker sind Nichtkaufleute [1]).

Nichtkaufleute bleiben sie selbst dann, wenn sie innerhalb ihres Handwerks gelegentlich Zutaten und Arbeitsmittel anschaffen und weiterveräußern [2]). So wird z. B. der Flickschneider, der Zwirn und Knöpfe kauft, und nachdem er sie an das ihm gelieferte Kleidungsstück angenäht hat, weiterverkauft, hierdurch noch nicht zum Kleingewerbetreibenden [3]). Ebenso macht der gelegentliche Verkauf eines fertig angekauften Stückes den Lohnhandwerker nicht zum Kaufmann, denn § 1 H.G.B. verlangt Gewerbsmäßigkeit [4]).

Wenn der Besteller den Stoff an den Handwerker verkauft, und nach Be- oder Verarbeitung wieder zurückkauft, so fällt das Handwerk unter Ziffer 1, denn es ist gleichgültig, von wem der Handwerker den Stoff gekauft hat. Allerdings dürfen Verkauf des unbearbeiteten und Kauf des bearbeiteten Stoffes nicht ein und derselbe Vertrag sein. Es müssen wirklich zwei getrennte Geschäfte vorliegen [5]). Nach Goldschmidts Ansicht [6]) liegt dieser Fall nur dann vor, wenn es dem Besteller einerlei ist, ob der Handwerker wirklich den Stoff des Bestellers verarbeitet, oder einen anderen gleichartigen. Andererseits würde ein Geschäft gemäß Ziffer 2 vorliegen, wenn der Handwerker das Material

1) Staub 67, Müller 29, Richter 13, Mühlmann 24 u. a. m.
2) Goldmann 11, Bang 68, Lehmann-Ring 21.
3) R.O.H.G. VII, 240.
4) Vergl. oben § 2.
5) Lehmann-Ring 22.
6) 548, 549.

auf seinen eigenen Namen aber auf Rechnung des Bestellers anschafft[1]). Ebenso, wenn der Besteller den Stoff vorher vom Unternehmer gekauft und ihm dann zur Verarbeitung übergeben hat. Allerdings müssen auch hier zwei getrennte Geschäfte vorliegen[2]). Dies ist nach Staub[3]) dann der Fall, wenn der Unternehmer als berechtigt gilt, den einen Vertrag, Verkauf des Stoffes, gesondert zu erfüllen, und die Annahme des Vertrages nicht abgelehnt werden kann, weil die Bearbeitung nicht erfolgt ist. Zu Kaufleuten werden die Lohnhandwerker erst dann, wenn ihr Betrieb über das Handwerksmäßige hinausgeht, wenn sie also aufgehört haben, Handwerker zu sein. In diesem Falle werden sie Minderkaufleute, wenn ihr Betrieb sich innerhalb der Grenzen des Kleingewerbes hält, Vollkaufleute, wenn er darüber hinausgeht[4]).

Staub[5]) leugnet die Möglichkeit, daß Gewerbetreibende nach Ziffer 1 u. 9 zu Minderkaufleuten werden können, wenn ihr Betrieb über das Handwerksmäßige hinausgeht. Es ist dies ein Ausfluß seiner Theorie von der prinzipiellen Gleichsetzung des Handwerks und Kleingewerbetriebes. Wir werden Staub nicht beipflichten können. Es ist sehr wohl möglich, daß in einem Staate, der von den Befugnissen des § 4 Abs. 3 Gebrauch gemacht hat, d. h. der die Grenze des Kleingewerbes auf Grund der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht festgesetzt hat, ein Betrieb den Charakter des Handwerksmäßigen abstreift, ohne die festgesetzte Steuergrenze zu erreichen.

---

1) Staub 45.
2) Helmecke 66.
3) 45.
4) Jacobsen 10. Müller 30. Plange 8.
5) 67.

Anderer Ansicht ist Bang [1]), weil sich der Umfang des Betriebes beim Handwerk als das Sekundäre, stets nach der Art des Betriebes richte, damit ist jedoch nicht gesagt, daß ein Betrieb, der seiner Art nach nicht mehr handwerksmäßig ist, seinem Umfange nach über das Kleingewerbe hinausgehen muß.

Es mögen hier noch die Bauhandwerker Erwähnung finden. Diese sind niemals Minderkaufleute. Ihr Geschäft besteht nicht darin, daß sie bewegliche Sachen be- oder verarbeiten, sondern sie fügen die Baumaterialien derart in ein Grundstück ein, daß sie wesentliche Bestandteile desselben werden. Nach der Ansicht mancher Autoren [2]) können die Bauhandwerker nach § 2 H.G.B. Kaufleute und zwar Vollkaufleute werden, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Dem stände nicht entgegen, daß der Erwerb der Kaufmannseigenschaft nach § 2 von der Eintragung in das Handelsregister abhängig ist. Denn § 4 versage nur solchen Handwerkern die Eintragung, die bereits gemäß § 1 Kaufleute sind.

Dieser Ansicht können wir uns nicht anschließen. § 4 sagt, die Vorschriften über die Firmen finden auf Handwerker keine Anwendung. Davon, daß diese Bestimmung sich nur auf kaufmännische Handwerker bezieht, steht nichts im Gesetz. Nach der Vorschrift des § 4 darf kein Handwerker in das Handelsregister eingetragen werden. Infolgedessen kann ein Handwerker auch nicht nach § 2 Kaufmann werden. Handwerker, die nicht unter § 1 fallen, wie die Bauhandwerker, sind also stets Nichtkaufleute. In der Praxis wird

---

1) 57.

2) Kuckuk 125. Bovensiepen 19. Müller 31. Jacobsen 11. Weiß 18. Entsch. d. F.G. I, 5. 190.

übrigens diese Streitfrage kaum jemals brennend werden. Denn ein Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, wird meistens nicht mehr handwerksmäßig genannt werden können. Die von uns aufgestellte Behauptung, daß Handwerker auf Grund von § 1 Abs. 2 Ziffer 2 und 9 die Minderkaufmannschaft nicht erlangen können, wird von Goldmann [1]) und Makower [2]) bestritten. Sie suchen ihre Behauptung zu beweisen, indem sie anführen:

Art des Handwerksbetriebs und Umfang des Handwerksbetriebs sind zwei verschiedene Sachen. Erstere ist eine qualitative, letztere eine quantitative Begrenzung des Begriffes „Handwerk". In Bezug auf § 4 und § 1 Ziffer 1 ist die Art, bezüglich § 1 Ziffer 2 und 9 der Umfang das Ausschlaggebende. Haben wir also einen Betrieb, der über den Umfang des Handwerks hinausgeht, so begründet ein solcher gemäß § 1 Ziffer 2 und 9 Kaufmannsqualität. Kommt dann noch hinzu, daß dieser Betrieb seiner Art nach handwerksmäßig ist, so greifen die Vorschriften des § 4 ein, Bei einem Lohnhandwerker-Minderkaufmann hätten wir es also mit einem Betrieb zu tun, der nach seiner Art zwar ein handwerksmäßiger ist, seinem Umfange nach über das Handwerk hinausgeht. Diesen Ausführungen gegenüber ist einzuwenden, daß der Gesetzgeber mit den Worten: „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, einfach das ganze Handwerk hat ausschließen wollen. Dies zeigt ganz deutlich die Kommissionsberatung [3]). Es war der Antrag gestellt worden, die Handwerker ganz vom Handelsrecht auszuschließen und

1) 30.
2) 24 ff. vgl. auch Behrend 196.
3) Hahn, Mater. 533.

zwar sollte dies dadurch geschehen, daß derselbe Satz: „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht“, dem § 1 Ziffer 1 beigefügt würde.

Auch Staub[1]) wendet sich in seinem Kommentare gegen diese Ansicht, tut dies allerdings aus Gründen, denen wir nicht beistimmen können. Es handelt sich hierbei um die prinzipielle Frage, ob das charakteristische Merkmal des Handwerks in der Art oder im Umfange seines Betriebes zu suchen ist.

Nach Staub liegt Handwerk dann vor, „wenn der Betrieb seines Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation nicht erfordert“.

Er findet in den §§ 1 Abs. 1, 2 u. 9, 2 und 4 dasselbe Kriteriun. Ebenso wie beim Kleingewerbe, sei auch beim Handwerk der Umfang des Betriebes das allein Maßgebende und Entscheidende. Daher kann Staub, auf Grund des § 1 Ziffer 2 u. 9 Minderkaufleute nicht entstehen lassen. Denn da nach ihm Kleingewerbe und Handwerk dasselbe Kriterium haben, so ist seiner Ansicht nach ein Betrieb, der über das Handwerk hinausgehend, sich innerhalb der Grenzen des Kleingewerbes hält, undenkbar.

Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich Staub auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. § 4 sei aus Art. 10 A.D.H.G.B. entstanden. Dort hieß es: „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Handwerks hinausgeht“. Durch die Wahl der kurzen Bezeichnung: „Handwerker“ habe das neue Gesetz keine sachliche Änderung vornehmen wollen. Daß beim Handwerk sowohl wie beim Kleingewerbe dasselbe Kriterium maßgebend sei, nämlich der Umfang des Betriebes, gehe schon daraus hervor, daß es in der Denk-

1) In der 8. Auflage seines Kommentars läßt Staub beim Handwerk nicht den Umfang allein, sondern Art und Umfang entscheidend sein.

schrift zum H.G.B. hieße: „einzelne Vorschriften des dritten Buches eignen sich allerdings nicht zur Anwendung auf die Geschäfte der Handwerker, wie überhaupt auf die Geschäfte der Kleingewerbetreibenden". Damit habe doch die Denkschrift deutlich gesagt, daß sie Handwerker und Kleingewerbetreibende auf dieselbe Stufe gesetzt wissen wolle. Endlich lasse der § 1 in Ziffer 2 u. 9 deutlich erkennen, daß er in dem Umfang des Betriebes das entscheidende Kriterium erblicke.

So kommt denn Staub zu folgender Definition. „Handwerker ist hiernach der Inhaber eines unter § 1 Abs. 1 fallenden Gewerbes, bestehend aus der Anschaffung von Materialen zum Zwecke der Be- und Verarbeitung und demnächstigen Veräußerung im beweglichen Zustande, sofern der Umfang des Gewerbes eine kaufmännische Organisation nicht erfordert". Dieser Beweisführung Staubs werden wir unmöglich beipflichten können. Mit den Worten: „Handwerker, wie überhaupt Kleingewerbetreibende" hat die Denkschrift nicht ausdrücken wollen, daß sie die beiden Gruppen von Minderkaufleuten gleichgestellt wissen will, sondern diese Wendung ist nur deshalb gebraucht, weil die meisten Handwerker sich innerhalb der Grenzen des Kleingewerbes halten [1]).

Wenn wirklich Handwerk und Kleingewerbe dasselbe Kriterium hätten, warum hat dann das Gesetz die Handwerker gesondert aufgezählt, und in Gegensatz zum Kleingewerbe gestellt? Es wäre doch dann viel einfacher gewesen, wenn es hieße, „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Handwerks oder des Kleingewerbes hinausgeht".

Es ist sicher nicht ohne Grund geschehen, daß das Gesetz den Landesregierungen die Befugnis gegeben

1) Helmecke 78.

hat, die Grenzen des Kleingewerbes auf Grund des Geschäftsumfanges festzusetzen, während es bezüglich des Handwerks keine solchen Vorschriften gibt. Der Gesetzgeber hat mit dieser Bestimmung sagen wollen, daß im Gegensatz zum Kleingewerbe beim Handwerk der Umfang nicht das Entscheidende sein soll. Wenn Staub ausführt, daß § 4 aus Art. 10 entstanden sei und dort vom Umfange des Handwerks geredet werde, so ist mit Bang[1]) darauf zu erwidern, daß unter Umfang in Art 10. nicht der äußere Umfang der kaufmännischen Einrichtung des Geschäfts zu verstehen war, sondern der gesamte begriffliche Inhalt des Wortes: „Handwerker". Das A.D.H.G.B. hat die beiden Ausdrücke: „Handwerk" und „Umfang des Handwerks" wahllos durcheinander gebraucht. Damit hat es aber nicht verschiedene Unterscheidungsmerkmale aufstellen wollen. So ging auch in der Literatur und Judikatur die herrschende[2]) Meinung, bei der Auslegung der Wendung, „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht" dahin, daß die Kriterien des Handwerks nicht quantitativer Natur seien.

Was schließlich der Nachsatz zu § 1 Ziffer 2 u. 9 anlangt, so kann derselbe niemals als Beweis dafür angeführt werden, daß das H.G.B. im Allgemeinen den Umfang des Betriebes als das entscheidende ansieht. Hierdurch würde höchstens bewiesen, daß das Gesetz an dieser Stelle an quantitative Unterscheidungsmerkmale gedacht hat. Doch auch das werden wir kaum annehmen können. Aus § 4 geht deutlich hervor, daß der Gesetzgeber nicht in dem Umfang das entscheidende Merkmal des Handwerks sieht und man wird annehmen können, daß das Gesetz mit den anderen Worten nicht

1) 53.

2) Vgl. die bei Helmecke 79 angeführte Literatur und Entscheidungen.

ein völlig verschiedenes Kriterium hat aufstellen wollen Allerdings werden wir zugeben müssen, daß der Wortlaut des § 1 Ziffer 2 u. 9 irreleitend ist und die Wendung, „sofern der Betrieb nicht ein handwerksmäßiger ist“, entschieden vorzuziehen gewesen wäre.

Auch die Denkschrift sieht das maßgebende Kriterium des Handwerks nicht im Umfange seines Betriebes, wenn sie sagt: „Dem Handwerkerstande muß die durch seine Betriebsverhältnisse bedingte Sonderstellung wie bisher gewahrt bleiben.“ Was dabei als Betriebsverhältnisse in Betracht kommt, sagt uns das R.G.[1]): „Die Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte, die Art und Benutzung der gewerblichen Hilfsmittel (Maschinen oder Werkzeuge), die Qualität oder Zahl des beschäftigten Hilfspersonals, der Grad der Ausnutzung der Arbeitsteilung, die Beschaffenheit der Ausübung des Gewerbes dienenden Räumlichkeiten.

Hiergegen wendet Staub[2]) ein, daß die aufgezählten Momente durch ihr Vorhandensein wohl meist einen Rückschluß auf das Vorhandensein eines solchen Umfanges gestatten. Entscheidend seien aber nicht sie, sondern lediglich der Umfang.

Daß diese Ansicht Staubs nicht die vom Gesetzgeber gewollte ist, geht schließlich aus dem Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B. hervor[3]). Es war der Antrag gestellt worden, die Worte „auf Handwerker“ in § 4 ganz zu streichen. Es genüge die Unterscheidung zwischen Kleingewerbe und Großgewerbe festzuhalten. Es sei schwierig, die Grenze zu ziehen zwischen Handwerker und Kaufmann. Daher solle man auch hier den Umfang des Geschäftsbetriebs entschei-

1) R.G. in Strafs. V, 489, vgl. auch R.G. in Strafs. XXIV, 357 R.G. LVII, 387 O.L.G. VIII, 250.

2) Vgl. Anm. 2, S. 26.

3) Hahn, Materialien 533.

den lassen. Dieser Antrag wurde abgelehnt, da die bisherige Sonderstellung des Handwerks sich bewährt, und zu Klagen keine Veranlassung gegeben habe; auch seien aus Handwerkerkreisen keine Wünsche in dieser Richtung laut geworden. Auch der im Großen betriebene Handwerksbetrieb eigne sich nicht für die vollen Rechte und Pflichten des Kaufmanns.

Als Resultat haben wir somit gewonnen: Minderkaufleute sind nur diejenigen Handwerker, die ein Handelsgewerbe gemäß § 1 Abs. 2 Ziffer 1 betreiben. Diese bleiben Minderkaufleute auch dann, wenn ihr Betrieb über die Grenzen des Kleingewerbes hinausgeht.

Es möge hier noch eine Ansicht Erwähnung finden, die folgendermaßen argumentiert[1]): Zugegeben, daß ein Handwerksbetrieb selbst bei großem Umfange Handwerk bleibt, so muß er doch dann eingetragen werden, wenn die Voraussetzungen des § 2 vorliegen. Dem stehe nicht entgegen, daß nach § 4 die Vorschriften über die Firma auf Handwerker keine Anwendung finden. Denn diese Bestimmung beziehe sich nicht auf die Handwerker des § 1 im Allgemeinen, sondern nur auf diejenigen, welche nicht den Voraussetzungen des § 2 entsprechen. Die Tragweite des § 4 werde durch §§ 1 bis 3 näher bestimmt. § 2 treffe abgesehen von den im § 3 bestimmten Ausnahmen jeden Gewerbebetrieb, und sei es für die Anwendung dieser Vorschrift ohne Erheblichkeit, daß „der Betrieb nach der auf geschichtlicher Entwicklung beruhenden Verkehrsansicht dem Handwerk zuzurechnen ist[2])". Danach sind auch Handwerker nach § 1, deren gewerbliches Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise

---

1) Fuld 543. Frankenberger 12. Cohn im „Recht" 1903, 222. Weiß 24. O.L.G. II, 142. VIII, 93.

2) K.G. bei Johow XXI, 70.

eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, als Vollkaufleute einzutragen.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes wird diese Ansicht begründet. Nach Art. 10 A.D.H.G.B. seien nicht alle Personen, deren Gewerbe seinem allgemeinen Charakter nach zum Handwerk gehöre, als Minderkaufleute betrachtet worden, sondern nur diejenigen von ihnen, deren Gewerbebetrieb im Einzelfalle die Natur des Handwerks bewahrt hatte. Ob dies der Fall war, sei von dem Umfange und der Art des Betriebes abhängig gemacht worden. Wenn diese beiden kaufmännische Organisation notwendig machten, so war Art. 10 nicht mehr auf den Gewerbebetrieb anwendbar. Nun sage die Denkschrift, daß dem Handwerkerstande die durch seine Betriebsverhältnisse bedingte Sonderstellung wie bisher gewahrt bleiben müsse. Das heiße, daß durch § 4 nichts an der Stellung der Handwerker nach Art. 10 geändert werden solle; mithin seien nur diejenigen Handwerker Minderkaufleute, deren Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordere.

Demgegenüber ist einzuwenden, daß nach der Vorschrift des § 4 die Bestimmungen über die Firmen auf Handwerker keine Anwendung finden, daß also ein Handwerker niemals im Firmen-Register eingetragen werden darf. Die Erlangung der Kaufmannseigenschaft nach § 2 setzt Eintragung in das Firmen-Register voraus, daher kann ein Handwerker niemals nach § 2 Kaufmann werden.

Die gegnerische Ansicht scheint außerdem zu übersehen, daß die §§ 1 und 2 einander ausschließen[1]). In § 1 sind diejenigen Handelsgewerbe aufgezählt, die ihren Inhaber durch den bloßen Betrieb zum Kaufmann

1) Kuckuk 125. Cosak 25. Ritter i. Archiv 295.

machen. Als Ergänzung zu dieser Aufzählung tritt § 2 [1]). Es ist also ausgeschlossen, daß ein Betrieb, der seiner Art nach zu den Handelsgewerben des § 1 gehört — und nur diese kommen hier in Betracht, denn einzig die Handwerker nach § 1 sind Minderkaufleute — gleichzeitig von den Vorschriften des § 2 betroffen wird.

Häufig werden die Handwerker außer den von ihnen selbst gefertigten Waren andere, erst angeschaffte feil halten. Man denke z. B. an einen Schuster, der Schnürsenkel und Stiefelwichse verkauft. Hier entsteht die Frage, welchen Einfluß hat solch ein Handel auf die Handwerkereigenschaft. Bleibt der Handwerker trotz des Betriebes eines Nebengewerbes Handwerker oder nicht?

Die Beantwortung unserer Frage ergibt sich aus den folgenden Gesichtspunkten: Es ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen:

1. Steht das Nebengewerbe im inneren Zusammenhange mit dem Handwerk?
2. Liegt die Haupttätigkeit des Handwerkers im Verkauf der fertig bezogenen Waren, oder in der Herstellung der eigenen?

Wann zwei Geschäfte im inneren Zusammenhange stehen, läßt sich allgemein überhaupt nicht feststellen. Dies wird vielmehr in jedem einzelnen Falle besonders entschieden werden müssen. Hierbei wird das wichtigste Kriterium der Umstand sein, daß das Nebengewerbe einer besonderen Geschäftsorganisation nicht bedarf [2]). Auch die Tatsache, daß die von dem Handwerker angefertigten Waren gleicher Art sind, wie die von ihm fertig bezogenen, wird in den meisten Fällen einen Anhalt dafür bieten, daß das Nebengewerbe im Zusammenhange mit dem Handwerk steht. Allerdings

1) Hahn, Materialien 195.

2) Bang 74. Helmecke 94. R.G. in Strafs. XXI, 212.

werden wir Hahn [1]) rechtgeben müssen, wenn er sagt, daß oft eine historisch begründete, auf frühere Zunftprivilegien zurückzuführende Verbindung vorhanden ist, selbst wenn die fertig bezogenen und die produzierten Waren verschiedener Art sind. Der räumliche Zusammenhang der beiden Geschäfte bietet keinesfalls einen Anhaltspunkt für die innere Verbindung.

Wenn die beiden Geschäfte innerlich zu einem wirtschaftlichen Ganzen verbunden sind, und die Haupttätigkeit des Handwerkers in der Herstellung der eigenen Waren liegt, so wird das Nebengewerbe keinen Einfluß auf die Handwerkerqualität des Geschäftsinhabers ausüben [2]). Liegt hingegen der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit in dem Verkauf der fertigen Waren, so hört der Inhaber des Geschäfts auf, Handwerker zu sein; er wird Kaufmann [3]).

Anders liegt der Fall, wenn die beiden Gewerbe nicht innerlich zu einem wirtschaftlichen Ganzen verbunden sind. Hier haben wir es mit zwei selbständig nebeneinander bestehenden Betrieben zu tun. Aus dem Handwerke fließt für den Geschäftsinhaber Handwerkerqualität. Aus dem Handelsgewerbe Kaufmannseigenschaft [4]).

Wichtig wird diese Frage hauptsächlich bei den Lohnhandwerkern. Dort handelt es sich um Kaufmann oder Nichtkaufmann. Der Handwerker mit Umsatzgewerbe nach § 1 Abs. 2 Ziffer 1 ist ja schon an sich Minderkaufmann und bleibt auch ein solcher, falls das andere Handelsgewerbe nicht die Grenzen des Kleinbetriebs übersteigt.

---

1) 110.

2) Cosack 48. Düringer-Hachenburg I, 53.

3) R.G. i. Strafs. XXXI, 178.

4) Goldmann 33. Lehmann-Ring 40. Cosack 48. Anschütz-Völderndorff 87. Puchelt-Förtsch 36.

Bis jetzt haben wir nur diejenigen Erwerbsgeschäfte, die ihren Inhaber, handwerksmäßigen Betrieb vorausgesetzt, zum Minderkaufmann machen, abgegrenzt von solchen, auf Grund derer keine Minderkaufmannseigenschaft entsteht.

Wir werden jetzt innerhalb dieser Geschäftsbetriebe zu untersuchen haben, wann ist ihr Inhaber Minderkaufmann.

Nur der Handwerker ist Minderkaufmann. Wenn also ein Erwerbsgeschäft, dessen Inhaber bei Handwerksbetrieb Minderkaufmann ist, über das Handwerksmäßige hinausgeht, so hört der Inhaber damit auf, Minderkaufmann zu sein, es sei denn, daß sich sein Betrieb innerhalb der Grenzen des Kleingewerbes halte. Es wird sich also darum handeln, die Grenze zu ziehen zwischen Handwerk und nicht mehr handwerksmäßigen Betrieben.

In der Literatur wird ein Betrieb, der die Grenzen des Handwerksmäßigen überschritten hat, meistens mit dem Worte „Fabrik“ bezeichnet. Auch hier soll der Kürze halber dieser Ausdruck gewählt werden. Dabei sind wir uns aber wohl bewußt, daß das Wort Fabrik in dieser Bedeutung nicht identisch ist mit dem gleichen Ausdruck der Gewerbeordnung, des Haftpflichtgesetzes oder des Unfallversicherungsgesetzes. Fabrik in unserem Sinne ist weiter nichts, als eine kürzere Bezeichnung für einen Betrieb, der über das Handwerksmäßige hinausgeht.

Ebensowenig wie das H.G.B. den Begriff des Handwerks gesetzlich definiert, bestimmt es den Moment wann das Handwerk aufhört, und der Fabrikbetrieb beginnt. Diese Grenze zwischen Handwerk und Fabrik läßt sich garnicht genau und allgemein gültig festlegen. Der Registerrichter wird vielmehr in jedem einzelnen

Falle zu untersuchen haben, welche dieser Betriebsarten vorliegt.

Daß die Kriterien, auf Grund deren er seine Untersuchung anzustellen hat, nicht in dem Umfange des Betriebes liegen, haben wir schon oben gesehen. Ebensowenig ist der Name, den sich der Gewerbetreibende zulegt, bestimmend.

Mancher Handwerker nennt sich Fabrikant und mancher Fabrikant vermeidet diesen Namen[1]).

In den Protokollen zum A.D.H.G.B. war als Definition zum Vorschlag gebracht worden[2]): Handwerksbetrieb liegt vor: „insoweit die Handarbeit den vorherrschenden Faktor der Werterzeugung bildet".

Ebenso sagt Lehmann-Ring[3]): „Handwerker bleibt, wer mit seinen und seiner Gesellen Händen das Werk beschafft". Dagegen ist einzuwenden, daß die Fortschritte der modernen Technik auch das Handwerk nicht unbeeinflußt gelassen haben.

Der Umstand allein, daß in einem Betriebe Maschinen zur Verwendung kommen, genügt nicht, ihm den Stempel der Fabrik aufzudrücken[4]).

Überhaupt läßt sich der Unterschied zwischen Handwerk und Fabrik nicht mit einem einzigen Worte sagen. Maßgebend ist vielmehr die ganze Art des Betriebes[5]).

Der Handwerker wird meistens für den Lokalmarkt arbeiten, und nur soviel Waren anfertigen, als gerade bestellt sind. Er arbeitet mit seinen Gesellen zusammen, entstammt derselben sozialen Sphäre wie sie. Die von

---

1) Königsberger 8. Fuld 544. Puchelt-Förtsch 40.

2) 514.

3) 39.

4) Düringer-Hachenburg 54.

5) Goldmann 29. Lehmann-Ring 39. Goldschmidt 513. R.G. i. Strafs. XIV, 426. XXIV, 357.

ihm angefertigten Waren verkauft er selbst. In seinem Betriebe ist die Arbeitsteilung nicht oder wenigstens nicht sehr streng durchgeführt.

Anders beim Fabrikanten.

Dieser arbeitet mehr auf Vorrat. Ihm selbst steht nur die technische und kaufmännische Oberleitung des Betriebes zu. Seine Person tritt hinter dem Geschäft zurück. Seine Waren werden über den Lokalmarkt hinaus und zwar meist nicht von ihm selbst, sondern von Detailverkäufern an das Publikum abgesetzt. Die Arbeitsteilung ist streng durchgeführt.

Ferner wird auf die Zahl, Beschaffenheit, technische Bildung und Erziehung des Hilfspersonals und die Beschaffenheit der benutzten Räumlichkeiten geachtet werden müssen.

Schließlich kann auch das Vorhandensein von Maschinen im Zusammenhange mit andern der vorher aufgezählten Momente ein wichtiges Hilfsmittel zur Beantwortung unserer Frage bilden, wenn auch dieser Umstand allein nicht maßgebend sein kann.

Alle diese Momente sind qualitativer Art. Quantitative Begriffsmerkmale können nur insoweit in Betracht gezogen werden, als sie einen Rückschluß auf die Einrichtung des Betriebes zulassen. Doch stehen Art und Umfang eines Betriebes nicht immer im inneren Zusammenhange. Ein Betrieb, der seiner Art nach über das Handwerk hinausgeht, muß nicht notwendigerweise auch einen großen Umfang haben. Daher werden wir Bang[1]) nicht recht geben können, wenn er auf Grund der Behauptung, daß der Umfang als das Sekundäre sich nach der Art richte, folgert, daß ein Fabrikant niemals Minderkaufmann sein kann. Bang scheint hier „handwerksmäßig“ und „kleinge-

1) 54 ff.

werblich“ zu verwechseln. Es sind dies zwei vollkommen voneinander unabhängige Begriffe. Wie wir bereits oben gesehen haben[1]), ist der Fall durchaus nicht unmöglich, daß ein Betrieb seiner Art nach das Handwerksmäßige abgestreift hat, und sich dennoch dem Umfange nach innerhalb der Grenzen des Kleingewerbes hält.

Der Registerrichter wird also eine ganze Reihe von Momenten zu prüfen und auf Grund derselben für jeden einzelnen Fall zu entscheiden haben, ob der Betrieb seiner Art nach handwerksmäßig ist, oder ob er die Natur einer Fabrik angenommen hat.

Liegt bei den Geschäften aus § 1 Abs. 1 Ziffer 1 handwerksmäßiger Betrieb vor, so ist der Inhaber Minderkaufmann. Haben wir es mit einer Fabrik zu tun, so ist der Geschäftsinhaber Vollkaufmann, es sei denn, daß sich sein Betrieb noch innerhalb der Grenzen des Kleingewerbes hielte[2]).

§ 8.

Kleingewerbetreibende.

Neben den Handwerkern rechnet § 4 noch zum Kreise der Minderkaufleute: „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, oder kurz „Kleingewerbetreibende“.

Wie wir bereits oben gesehen haben, hat § 4 H.G.B. den § 1 zur Voraussetzung derart, daß nur Gewerbetreibende nach § 1 Minderkaufleute sein können. Von den dort aufgezählten Fällen scheiden hier die Geschäfte der Personenbeförderung zu Lande und auf Binnengewässern aus, weil das Gesetz von Anstalten

1) Vgl. oben S. 24.

2) Goldmann 30. Makower 24 ff.

spricht und damit Großbetrieb für die Handelsgewerbseigenschaft voraussetzt. Ebensowenig fallen unter den Begriff des Kleingewerbes die Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren nach Be- oder Verarbeitung, sofern Handwerksbetrieb vorliegt[1]). Das Handwerk bildet eine Klasse für sich, die sich vom Kleingewerbe unterscheidet. Die Versicherung gegen Prämie sowie die Bankier- und Geldwechslergeschäfte kommen im praktischen Leben nur als Großbetrieb vor. Daß die Gewerbe aus § 1 Ziffer 2 und 9, sofern der Betrieb über das Handwerksmäßige hinausgeht, Gegenstand des Kleingewerbes sein können, haben wir oben bereits gezeigt[2]).

Wo die Grenze zwischen Kleingewerbe und Großbetrieb liegt, sagt uns das H.G.B. nicht. Den einzigen Anhaltspunkt für diese Grenzziehung gibt uns § 4, in dem es heißt, daß der Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen darf.

Weiter wird an derselben Stelle gesagt, daß die Landesregierungen eine solche Abgrenzung auf Grund der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht vornehmen dürfen. Es ist also beim Kleingewerbe im Gegensatz zum Handwerk der Umfang des Geschäfts das Maßgebende.

Was ist nun unter einem geringen Geschäftsumfange zu verstehen? Nach Staubs Ansicht das gerade Gegenteil von demjenigen Erfordernis, welches § 2 aufstellt. Ein Gewerbebetrieb von so geringem Umfange[3]), daß der ordnungsmäßige Betrieb eine

1) Diese Gewerbe brauchen nicht immer Handwerk zu sein, vgl. Helmecke 46.

2) Vgl. oben S. 23.

3) In der 8. Auflage seines Kommentars hat Staub seine Ansicht dahin abgeändert, daß auch hier nicht der Umfang allein, sondern Art und Umfang entscheiden sollen.

kaufmännische Organisation nicht erfordert. Zum Beweise seiner Behauptung beruft sich Staub auf die Denkschrift[1]), wenn sie sagt: „Ein Gewerbetreibender, welcher unter § 1 Abs. 2 fällt, ist vermöge der Vorschrift des § 4 Abs. 1 in das Handelsregister erst dann einzutragen, wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß § 2 von Art und Umfang eines gewerblichen Unternehmens redet, § 4 nur vom Umfange. Wenn Staub das Wort „Art“ in § 2 absichtlich ignoriert, so stellt er sich damit in Gegensatz zum Gesetzestext; sein Verfahren ist durch nichts gerechtfertigt. Nicht der Umfang allein, auch nicht wie Kuckuk[2]) will, Art oder Umfang, sondern Art und Umfang sind die maßgebenden Kriterien des § 2. Der Umstand, daß der Betrieb nur seines Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation erfordert, genügt noch nicht zur Anwendung des § 2. Auch die Art des Betriebes ist zu berücksichtigen. Wollte man wirklich in § 2 das Kriterium für die Grenze zwischen Groß- und Kleinbetrieb suchen, so käme man mit dem Reichsgericht zu der Folgerung, daß die Vorschriften über Führung der Handelsbücher usw. außer Anwendung bleiben sollen, wo ein Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert[3]).

Diese Ansicht des Reichsgerichts widerspricht dem Gesetzestext[4]). § 4 redet nur von dem Umfange

1) Hahn, Materialien 203.

2) 127.

3) R.G. in Strafs. XXXIV, 103, ebenso Grotefendt 41, Makower 15, R.G. in Strafs. XXXV, 289, R.G. Jur. Wochenschr. 1903, 140.

4) Ritter 13, Buchka-Lehmann 210, Lotze 409, Weiß 19, Bovensiepen 27 u. a. m.

des Betriebes und läßt im Gegensatz zum A.D.H.G.B. die Art vollkommen außer Acht. Letztere ist für die Bestimmung des Kleingewerbes in keiner Weise maßgebend. Denn nur die in § 1 aufgezählten Handelsgewerbe kommen in Betracht, und damit sind die für den Kleingewerbebetrieb in Frage stehenden Geschäftsarten von vornherein festgelegt[1]). So sagt auch das K.G. in einem Beschlusse vom 19. Januar 1903[2]): „Die Art des Betriebes, die für die Anwendung des § 2 von wesentlicher Bedeutung ist, fällt hier weniger ins Gewicht, weil sie bei den an sich kaufmännischen Gewerben des § 1 von vornherein gegeben ist". Daß in § 2 und in § 4 nicht dasselbe Prinzip gilt, geht schon aus der Denkschrift hervor. Zu § 2 heißt es[3]): daß in der Praxis die Entscheidung keinerlei Schwierigkeiten machen werde und im Gesetz nicht näher festgesetzt zu werden brauche, wann ein Betrieb nach § 2 vorliegt. Dagegen wird zu § 4 gesagt[4]): daß die Grenze zwischen Groß- und Kleinbetrieb nicht lediglich durch den Registerrichter entschieden werden könne, daß es vielmehr bestimmter Vorschriften hierüber bedürfe. Wenn wirklich in §§ 2 und 4 dasselbe Kriterium maßgebend wäre, so ständen diese Stellen in schreiendem Widerspruch zueinander. Das eine Mal soll der Registerrichter selber die Grenze finden können; das andere Mal wird er auf die Hilfe der Landesregierungen verwiesen. Hätte das Gesetz in den beiden Paragraphen dasselbe Kriterium angewendet wissen wollen, so hätte das einer ausdrücklichen Erwähnung bedurft[5]); da dies nicht geschehen ist, so können wir uns auch nicht zur

1) K.G. bei Johow XXII, 279.
2) Entsch. d. O.L.G. VI, 466.
3) Hahn, Mater. 195.
4) Hahn, Mater. 201.
5) Bovensiepen a. a. O., Lotze 409.

Auslegung des einen Paragraphen ohne weiteres des anderen bedienen. Höchstens insoweit werden wir bei der Beurteilung eines Gewerbes nach § 4 auch auf die Art Rücksicht zu nehmen haben, als dieselbe einen Schluß auf den Umfang des Geschäfts zuläßt.

Wir sehen also, daß im §§ 2 und 4 nicht dasselbe Prinzip maßgebend ist. § 2 läßt Art und Umfang, § 4 nur den Umfang entscheidend sein.

Vielfach [1]) ist die Ansicht vertreten, daß Kleingewerbe dann vorliegt, wenn der Umfang des gewerblichen Unternehmens einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß es Betriebe gibt, die, obgleich sie zweifellos einen sehr großen Geschäftsumfang haben, doch nicht dieses Umfanges wegen einer kaufmännischen Organisation bedürfen, sei es, daß eine solche wegen der Einfachheit und Durchsichtigkeit der Geschäftsführung nicht notwendig, sei es, daß der Kreis der an dem Geschäft interessierten Personen ein zu geringer ist.

Außerdem würde eine Besteuerung danach, ob der Betrieb eine kaufmännische Organisation erfordert, unmöglich sein. Und das Gesetz hat doch damit, daß es den Landesregierungen das Recht zuspricht, die Grenze des Kleingewerbes auf Grund der Steuerpflicht festzusetzen, nicht etwas Undurchführbares gestatten wollen [2]).

Insofern werden wir allerdings dieser Ansicht beistimmen, als wir anerkennen müssen, daß ein Betrieb, der seines Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation erfordert, zweifellos ein Großbetrieb ist. Doch

1) Goldmann 31, Cohn im „Recht“ 1903, 224, Weiß 33, K.G. bei Mugdan-Falkmann VI, 466.

2) Bovensiepen 27, Lotze 409.

mit der entgegengesetzten Folgerung, nämlich, daß ein Betrieb, der seines Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation nicht erfordert, immer zum Kleinbetriebe zu rechnen ist, werden wir uns nicht einverstanden erklären können.

Die Frage nach den für den Begriff des Geschäftsumfanges entscheidenden Kriterien wird uns teilweise in dem Bericht der Reichstagskommission zu § 4[1]) beantwortet. Im Entwurf zum H.G.B. hatte das Wort gestanden: Geschäftsumsatz. Die Kommission setzte dafür Geschäftsumfang, da sie der Ansicht war, daß dies der weitere Begriff sei, bei dem alle die verschiedenen Momente wie Anlagekapital, Umsatz, Ertrag berücksichtigt werden könnten. Dadurch erledigt sich die Ansicht Lastigs[2]), der das Kriterium des Kleingewerbes in der Höhe des Umsatzes findet. Denn wie Staub[3]) richtig ausführt, kann der Umsatz eines Geschäfts gering sein, sein Umfang doch groß, wenn es z. B. seine Waren längere Zeit nicht hat absetzen können. Auch insofern werden wir Staub beistimmen müssen, als er ausführt: das Anlagekapital kann groß und der Umfang des Geschäftes nur klein sein und umgekehrt. Ebenso kann der Ertrag klein und der Umfang doch groß sein, wie dies immer dann der Fall ist, wenn mit Verlust gearbeitet wird. Dagegen werden wir Staub nicht recht geben können, wenn auch er das Entscheidende des Kleingewerbes in einem einzigen Merkmale, nämlich dem quantitativen Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte sieht. Denn in einer Zeit wirtschaftlichen Niederganges kann bei einem Geschäft, dessen Umfang ein sehr großer ist, der quantitative Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte ein geringer sein.

1) Hahn, Mater. 540.
2) Lastig 52.
3) Staub 72.

Wir werden vielmehr sagen müssen:

Es ist nicht richtig, daß Ertrag, Umsatz und Anlagekapital immer für sich allein einen zwingenden Schluß auf den Umfang eines Geschäftsbetriebs ermöglichen, es werden vielmehr außerdem noch eine ganze Reihe anderer Faktoren mitzuwirken haben. Diese verschiedenen Momente, die dem Richter bei der Abgrenzung von Groß- und Kleinbetrieb einen Anhalt bieten, sind in ausführlicher Weise in einer Entscheidung des K.G. vom 19. Januar 1903[1]) aufgezählt. Dort heißt es:

> „Für die Frage, ob Groß- oder Kleingewerbe vorliegt, wird namentlich in Betracht kommen: das zum Betriebe verwendete Kapital, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer, Größe und Beschaffenheit der dem Betriebe dienenden Räumlichkeiten, die Organisation des Betriebes, insbesondere aber, ob er in der Hauptsache von der persönlichen Arbeitskraft des Inhabers ausgefüllt wird, oder ob darin eine größere Anzahl von Angestellten unter Ausnutzung des Prinzips der Arbeitsteilung beschäftigt ist, das Maß der Inanspruchnahme von Kredit unter Wechselverkehr, endlich die mehr oder minder verwickelte Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu einem größeren Kreise von Lieferanten, von Kunden oder Angestellten".

Alle diese Momente hat der Registerrichter zu prüfen und auf Grund derselben für jeden einzelnen Fall gesondert zu entscheiden, ob Groß- oder Kleinbetrieb vorliegt. Soweit die Unterscheidungsmerkmale qualitativer Natur sind, wird er sie nur insofern heranziehen dürfen, als sie einen Rückschluß auf den Ge-

1) O.L.G. VI, 466.

schäftsumfang gestatten. Auch ist es nicht notwendig, daß alle die angeführten Momente auf einmal zusammentreffen. Es genügt, wenn eine größere Anzahl von ihnen vorhanden ist. Jedenfalls muß der Registerrichter außerdem noch die örtlichen Eigentümlichkeiten und die Verschiedenartigkeit der einzelnen Geschäftszweige im Auge behalten. Umstände, die ein Geschäft aus der Reihe der Kleingewerbe emporheben würden, brauchen ein anderes nicht notwendigerweise zum Großbetrieb zu stempeln. Ebenso stimmen die Verkehrsanschauungen an verschiedenen Orten durchaus nicht miteinander überein.

Als Resultat hätten wir somit gewonnen: Eine allgemeingültige, dauernde Abgrenzung zwischen Groß- und Kleinbetrieb läßt sich nicht aufstellen. Der Registerrichter wird vielmehr in jedem einzelnen Falle auf Grund der örtlichen Verkehrsanschauungen und unter Berücksichtigung der Verschiedenartigkeit der einzelnen Geschäftszweige, nach einer ganzen Reihe von Momenten zu entscheiden haben, ob Groß- oder Kleinbetrieb vorliegt. Steht fest, daß ein Unternehmen seines Umfanges wegen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so liegt jedenfalls Großbetrieb vor. Andererseits gibt es aber auch Großbetriebe, bei denen eine solche Notwendigkeit nicht besteht.

§ 9.

Die Befugnisse der Landesregierungen.

§ 4 Abs. 3 H.G.B. sagt:

„Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenzen des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen

Steuerpflicht, oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen festgesetzt wird".

Im Gegensatz zum A.D.H.G.B.[1]) enthält die neue Bestimmung wesentliche Einschränkungen. Während nach früherem Recht die Landesgesetze befugt waren, neue Klassen von Minderkaufleuten zu schaffen, oder den in Art. 10 aufgezählten Minderkaufleuten allen oder auch nur einzelnen die Vollkaufmannsschaft zu verleihen, steht heute nur den Landesregierungen die Befugnis zu, die Grenze zwischen Kleingewerbe und Großbetrieb näher zu bestimmen. Der hauptsächlichste Unterschied zwischen dem alten und dem neuen Gesetz liegt darin, daß es im A.D.H.G.B. hieß: „Landesgesetze", während das H.G.B. von „Landesregierungen" spricht. Der Reichstagskommission[2]) lag der Antrag vor, statt „Landesregierungen" „Landesgesetzgebungen" zu setzen, da es wünschenswert sei, bei der Abgrenzung zwischen Klein- und Großgewerbe die Erfahrungen der Landesvertretungen zu verwerten. Dieser Antrag wurde abgelehnt, als ihm entgegengehalten war, daß eine solche Regelung zu schwerfällig sei. Eine Korrektur von Fehlern sei bei Verwaltungsakten viel leichter, auch werde je nach der Zusammensetzung der betr. Vertretung eine sehr verschiedenartige Gesetzgebung das Resultat sein. Auch sei zu berücksichtigen, daß einzelne Landtage nur alle zwei Jahre zusammentreten, wodurch die Möglichkeit einer Korrektur erschwert werde. Der Umstand, daß nach dem bestehenden H.G.B. die Landesgesetzgebung maßgebend sei, sei nicht ausschlaggebend bei einer Neuregelung der Materie. Nach heutigem Recht ist die Landesregierung ohne Mitwirkung der Volksvertretung befugt, derartige Be-

1) Art. 10 Abs. 3.
2) Hahn, Mater. 539.

stimmungen zu erlassen. Bovensiepen[1]) führt hierzu aus, daß es den Landesregierungen gestattet ist, diese Regelung gemeinsam mit der Volksvertretung, also im Wege der Gesetzgebung vorzunehmen. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Absicht des Gesetzgebers, wie deutlich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hervorgeht, darauf ging, den Volksvertretungen keinerlei Machtbefugnisse bei der Regelung dieser Frage zu geben, eine Absicht, die durch das Vorgehen Bovensiepens illusorisch werden würde. Außerdem widerspricht die Ansicht Bovensiepens dem Wortlaut des Gesetzes. Es heißt dort: „Landesregierungen". Davon, daß den Landesgesetzgebungen eine solche Befugnis zustehen sollte, ist überhaupt nichts gesagt.

Die Frage, ob die Landesregierungen diese Bestimmungen im Wege der Verordnung[2]), oder durch Verwaltungsakte[3]) zu erlassen haben, ist bestritten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheint die letztere Ansicht richtig zu sein. So sind nach dem Preußischen A.G.H.G.B. vom 29. September 1899 der Handelsminister und der Minister des Innern nach Anhören der Vertretung des Handelsstandes gemeinschaftlich für den Erlaß solcher Bestimmungen zuständig.

Daß die Bestimmung des § 4 Abs. 3 eine große Rechtszersplitterung zur Folge haben kann, ist zweifellos und wir werden Staub[4]) nur beistimmen können, wenn er sagt: „Anderweitige Grenzbestimmungen würden, wenn sie nicht von allen Regierungen nach denselben Grundsätzen erlassen würden, die eben errungene Rechtseinheit auf diesem hochwichtigen Gebiete zerreißen".

---

1) 29.
2) Cosack 65, Staub 72.
3) Goldmann 33, Staub 72.
4) 72.

So wird der Richter in jedem einzelnen Falle zu prüfen haben, ob der Bundesstaat, in dem das betreffende Handelsgewerbe betrieben wird, derartige Bestimmungen erlassen hat; denn wenn ein Bundesstaat die Grenze zwischen Groß- und Kleinbetrieb festgelegt hat, so ist diese Bestimmung für alle Gewerbetreibenden, die auf seinem Gebiet ihre Niederlassung haben, auch in allen anderen Bundesstaaten maßgebend. So ist ein Gewerbetreibender in Dresden, der auf Grund einer sächsischen Bestimmung Vollkaufmann ist, von den Gerichten aller übrigen deutschen Bundesstaaten bezüglich seiner Niederlassung in Dresden als Vollkaufmann anzusehen. Dies bestreitet Bovensiepen [1]), da es logisch unmöglich sei, daß die verbindliche Kraft eines Gesetzes weiter gehe als die Macht der sie ins Leben rufenden Rechtsquelle. Möglich sei dies nur dann, wenn es im Gesetze ausdrücklich hervorgehoben wäre.

Demgegenüber ist einzuwenden, daß die Rechtszersplitterung eine noch viel größere werden würde, wenn ein Kaufmann, bezüglich des nämlichen Geschäfts in dem einen Bundesstaate als Vollkaufmann, in dem anderen als Minderkaufmann angesehen würde. Der in Art. 10 sich findende Ausdruck, „für Kaufleute ihres Staatsgebiets“, auf Grund dessen unter dem A.D.H.G.B. das Geltungsgebiet dieser partikularen Norm über ihren Bundesstaat hinaus angenommen wurde, ist im H.G.B. als selbstverständlich weggelassen worden.

Die Bestimmung des § 4 Abs. 3 ist deswegen erlassen, weil die Landesregierungen die örtlichen Eigentümlichkeiten bezüglich der Abgrenzung zwischen Groß- und Kleinbetrieb leichter werden beurteilen können [2]).

1) 31.

2) von Hahn 118.

Für den Erlaß derartiger Bestimmungen hat der Gesetzgeber den Landesregierungen die nach dem Geschäftsumfange bemessene Steuerpflicht als Anhaltspunkt gegeben und nur, falls eine derartige Besteuerung nicht existiert, dürfen sie nach anderen Merkmalen vorgehen.

Hier entsteht die Frage, ob eine nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht in irgend einem deutschen Bundesstaat besteht und überhaupt bestehen kann. Wie wir oben gesehen haben, setzt sich der Begriff Geschäftsumfang aus vielen Merkmalen zusammen, von denen sich einzelne ziffernmäßig gar nicht ausdrücken lassen. Demnach wäre auch eine Steuerpflicht auf Grund des Geschäftsumfanges undenkbar. Dann würde § 4 Abs. 3 eine Vorschrift enthalten, die überhaupt nicht durchführbar wäre. Wir werden also annehmen können, daß es genügt, wenn eine Besteuerung nach einigen quantitativen Merkmalen des Geschäftsumfanges wie z. B. Umsatz, Anlagekapital, Ertrag besteht[1]). Dies geht schon aus den Beratungen der Kommission hervor, die statt des zahlenmäßig feststellbaren Geschäftsumsatzes den ausgedehnteren Begriff Geschäftsumfang gesetzt hat und damit hat ausdrücken wollen, daß eine Besteuerung auf Grund des Umsatzes nicht die einzige sei, die den Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 genüge.

Besteht eine Steuerpflicht auf Grund eines quantitativen Merkmales des Geschäftsumfanges nicht, so ist die Landesregierung befugt, bei der Abgrenzung zwischen Groß- und Kleinbetrieb nach anderen Merkmalen vorzugehen.

1) Helmecke 51, Plange 21.

III. Abschnitt.

Vorschriften, die auf Minderkaufleute keine Anwendung finden.

§ 10.

Die Vorschriften über die Firmen.

§ 4 H.G.B. nimmt den Minderkaufmann von den Bestimmungen über die Firmen aus, d. h. §§ 17 bis 37 H.G.B. kommen für ihn nicht in Betracht.

Der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt, ist keine Firma im Sinne des H.G.B. Er ist weder verpflichtet noch berechtigt, diesen Namen zur Eintragung beim Handelsregister anzumelden. Klagen und verklagt werden kann er nur unter seinem bürgerlichen Namen.

Die Vorschriften über die Firmen finden auf den Minderkaufmann keine Anwendung. Soll das nun bedeuten, daß er sich nur seines bürgerlichen Namens bedienen darf, oder steht ihm vielleicht das Recht offen, sich ähnlich dem Pseudonym für die Ausübung seiner handelsgewerblichen Tätigkeit eines besonderen Namens zu bedienen?

Die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, das Institut der Firma in das Gesetz aufzunehmen und damit — als eine Ausnahme von der Regel — dem Kaufmann die Erlaubnis zu geben, sein Geschäft unter einem von seinem bürgerlichen abweichenden Namen zu führen, sind folgende:

An den Namen eines großen Betriebes knüpft sich sein Renommée; dadurch repräsendiert dieser Name einen gewissen Wert. Würde nun bei einem Wechsel des Geschäfts-Inhabers jedesmal der Name des Ge-

schäfts mit wechseln, so ginge ihm ein großer Teil der Kunden, vor allen Dingen der auswärts wohnenden, die nichts von dem Fortbestehen des alten Geschäfts unter einem neuen Namen wissen, verloren. Bei einem großen Betriebe tritt die Person des Geschäftsinhabers mehr in den Hintergrund. Hier bedeutet der neue Inhaber nur den Wechsel eines der vielen Faktoren, die die Güte und das Renommée eines Geschäfts ausmachen.

Diese Gründe werden bei einem kleinen Betriebe meistens wegfallen. Die geschäftlichen Beziehungen erstrecken sich wohl kaum über den Lokalmarkt hinaus. Der Kreis der Kunden ist ein kleiner. Ihnen ist der Laden bezw. die Niederlassung des Minderkaufmanns seiner Lage nach bekannt. Sie verhandeln meist persönlich mit dem Geschäftsinhaber. Die Person des Letzteren tritt mehr in den Vordergrund. Daher wird ein Wechsel des Inhabers größere Veränderungen in dem ganzen Geschäftsbetrieb, z. B. in der Qualität der produzierten Waren, zur Folge haben.

Es liegt daher kein Grund vor, warum der Inhaber eines im Kleinen betriebenen Geschäftes nicht unter seinem eigenen Namen handeln sollte. Trotzdem wird von manchen Seiten versucht, aus dem Gesetz auch für den Minderkaufmann die Berechtigung zur Führung eines besonderen Handelsnamens herauszukonstruieren.

Stern [1]) argumentiert in seiner Dissertation folgendermaßen:

Nach bürgerlichem Recht dürfen sich Schriftsteller, Schauspieler, Sänger zur Ausübung ihrer besonderen Tätigkeit eines angenommenen Namens bedienen. Auch das Auftreten im Handel bedeutet eine Lebensbetätigung innerhalb eines ganz bestimmten Beziehungskreises. Mithin muß es nach bürgerlichem Recht dem

1) Stern 4 ff.

Minderkaufmann freigestellt sein, sich eines von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Pseudonyms zu bedienen. Handelsrechtlich würde die Führung eines solchen Pseudonyms nur dann unstatthaft sein, wenn sie durch das H.G.B. verboten wäre. Direkt ist dies nirgends geschehen. Indirekt könnte es nur der Fall sein, wenn das H.G.B. eine erschöpfende Regelung des Rechts zur Führung eines besonderen Handelsnamens gäbe und damit ausdrückte, daß nur dem Vollkaufmann ein handelsrechtliches Pseudonym zusteht. Daß eine erschöpfende Regelung des Handelsnamensrechts nicht vorliegt, zeigt schon das A.D.H.G.B. Dort hieß es: „Die Bestimmungen, welches dieses Gesetz über die Firmen enthält". Damit ist ausgedrückt, daß im A.D.H.G.B nur das Recht der Vollkaufmannsfirma geregelt ist. Bezüglich der Minderkaufleute gelten nicht die Vorschriften „dieses Gesetzes", sondern das bisherige Recht. Danach hatte es den Minderkaufleuten freigestanden, ihr Geschäft unter einem beliebig angenommenen Namen zu führen. § 4 bedeutet keine sachliche Änderung gegenüber Art. 10. So enthält auch das H.G.B keine erschöpfende Darstellung des Rechts zur Führung eines besonderen Handelsnamens, und die Vorschrift des § 4 bedeutet weiter nichts als „die im Handelsgesetzbuch für die Form und den Gebrauch etc. der kaufmännischen Firma aufgestellten Regeln sind nicht für den Minderkaufmann gegeben, er ist freier gestellt als der Vollkaufmann. Wie er sich im Handelsverkehr nennt, das sei dem allgemeinen bürgerlichen öffentlichen Recht überlassen[1])". Er hat also das Recht auf Führung eines Handelsnamens.

Diese auf den ersten Blick sehr einleuchtende Argumentation leidet an einem sehr großen Fehler,

1) Stern 13, vgl. auch Behrend 192.

nämlich der Gleichstellung der Vorschriften des A.D.H.G.B. und des H.G.B. Es mag dahin gestellt bleiben, ob das A.D.H.G.B. durch die Wahl des Ausdrucks „dieses Gesetzes“ hat sagen wollen, daß für Minderkaufleute das bisherige Recht der Firmenfreiheit weiter bestehen sollte. Das H.G.B. hat absichtlich den Zusatz dieses Gesetzes weggelassen, und sagt einfach die Vorschriften über die Firmen finden keine Anwendung. Das heißt, der Minderkaufmann hat nicht das Recht, sich einer Firma zu bedienen, nicht die Pflichten, die eine solche Firmenführung mit sich bringt.

Im dritten Abschnitt hat das Handelsgesetz das Recht zur Führung eines besonderen Handelsnamens seitens eines Kaufmanns erschöpfend geregelt. Dieser Abschnitt enthält nicht nur einzelne Bestimmungen, sondern stellt ein ganzes System auf. Durch das genaue Eingehen auf diese Materie zeigt das Gesetz, daß das Betreiben eines Geschäfts unter einem fremden Namen eine Ausnahme ist, eine Ausnahme, die aus Billigkeitsgründen dem Vollkaufmann gestattet sein soll. Für den Minderkaufmann besteht diese Ausnahme nicht. Er soll sich an die Regel halten, und sich seines bürgerlichen Namens bedienen.

§ 17 H.G.B. sagt:

„Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel sein Geschäft betreibt und seine Unterschrift abgibt.“ Dieser § enthält nicht nur, wie Stern dies will, eine Definition des Wortes Firma, sondern gleichzeitig die Vorschrift: Dieselben Rechtsfolgen, die bei dem Gebrauch des bürgerlichen Namens einer Person entstehen, knüpfen sich — soweit im H.G.B. nichts anderes vorgesehen ist — an den im Handelsbetrieb vorgenommenen Gebrauch des besonderen Handelsnamens seitens eines Kaufmanns. Nach § 4 ist diese Vorschrift für Minderkaufleute nicht anwend-

bar. Infolgedessen hat der Gebrauch eines besonderen Handelsnamens seitens eines Minderkaufmanns keine rechtlichen Wirkungen. Mit anderen Worten, er darf sein Geschäft nur unter seinem bürgerlichen Namen betreiben.

Was schließlich die Führung eines Pseudonyms durch Schriftsteller, Sänger, Schauspieler anlangt, so handelt es sich hier um eine Tätigkeit, die bestimmte, nicht bei jedem Menschen vorhandene Talente voraussetzt. Das ist beim Minderkaufmann nicht der Fall.

Damit dürfte wohl genugsam bewiesen sein, daß dem Minderkaufmann die Führung eines besonderen Namens nicht zusteht, daß er sich vielmehr bei dem Betriebe seines Geschäfts seines bürgerlichen Namens zu bedienen hat. Trotzdem wird es im praktischen Leben häufig vorkommen, daß ein Minderkaufmann sich eines fremden Namens bedient. Bezüglich der Frage nach dem Rechtsschutz des minderkaufmännischen Namens werden wir die sich hier ergebenden Möglichkeiten gesondert zu untersuchen haben.

Folgende Fälle kommen in Betracht:

1. Der Minderkaufmann betreibt sein Geschäft unter seinem bürgerlichen Namen.
2. Der Minderkaufmann betreibt sein Geschäft unter einem fremden Namen.
3. Der Minderkaufmann betreibt sein Geschäft unter einem Etablissementsnamen.

Betreibt der Minderkaufmann sein Geschäft unter seinem bürgerlichen Namen, so wird er zunächst durch § 12 B.G.B. gegen jeden unbefugten Gebrauch seines Namens durch einen Dritten geschützt, vorausgesetzt, daß die Verletzung eines Interesses vorliegt.

Hat ein Dritter das Recht des Minderkaufmanns auf Führung seines Namens vorsätzlich oder fahrlässig und widerrechtlich verletzt, so steht ihm, sofern hier-

durch ein Schaden entstanden ist, gemäß § 823 H.G.B. ein Anspruch auf Schadensersatz zu.

Ein ähnliches Recht gibt dem Minderkaufmann § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896. Nach der Bestimmung dieses Gesetzes hat der Minderkaufmann das Recht, von einem Jeden Schadensersatz zu verlangen, der in der Absicht, Verwechselungen hervorzurufen, den Namen des Minderkaufmanns gebraucht hat. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Namensführung seitens des Dritten befugt oder unbefugt war.

Einen weiteren Schadensersatzanspruch hat der Minderkaufmann nach § 14 des Reichsgesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894. Danach ist derjenige, der wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines Anderen widerrechtlich versieht, dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet.

Endlich steht ihm noch die Feststellungsklage des § 256 C.P.O. zu.

Alle diese Rechte kann der Minderkaufmann für sich in Anspruch nehmen, wenn er sich des bürgerlichen Namens bedient.

Allerdings ist § 8 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 auch gegen ihn anwendbar, da es hier nicht darauf ankommt, ob die Namensführung befugt oder unbefugt ist. Nicht aber kann der Registerrichter auf Grund des § 30 H.G.B. einschreiten, denn hier handelt es sich ausschließlich um die Firma, und der Name des Minderkaufmanns ist keine Firma.

Anders liegt der Fall, wenn der Minderkaufmann sein Geschäft nicht unter seinem bürgerlichen Namen

betreibt, sei es nun, daß er seinem Namen irgend einen Zusatz gibt, sei es, daß er sich eines ganz fremden Namens bedient.

In diesem Falle steht ihm der Rechtsschutz, den er bei der Führung seines bürgerlichen Namens haben würde, nicht zu, denn die Führung des von seinem bürgerlichen abweichenden Handelsnamens ist unberechtigt. Zweifelhaft könnte man höchstens bezüglich des § 8 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 sein, in welchem Namen, Firma und die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts geschützt werden. Doch werden wir annehmen müssen, daß unter der letzteren Bezeichnung nicht der besondere Handelsname eines Minderkaufmanns zu verstehen ist. Dieser Name ist keine besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, sondern die besondere Bezeichnung des Inhabers eines Erwerbsgeschäfts.

Sämtliche oben erwähnte Rechte können in diesem Falle gegen den Minderkaufmann geltend gemacht werden. Außerdem kann ihn der Registerrichter gemäß § 37 Abs. 1 durch Ordnungsstrafen zur Unterlassung des Gebrauchs dieses Namens anhalten[1]); denn das Führen eines besonderen Handelsnamens seitens eines Minderkaufmanns stellt sich, weil unstatthaft, als unberechtigte Firmenführung dar und wir werden Staub[2]) recht geben müssen, wenn er meint: „Das Einschreiten des Registerrichters richtet sich nicht bloß gegen Kaufleute, die sich einer Firma bedienen, wie sie ihnen in dieser Form nicht zusteht, sondern auch gegen Minderkaufleute, wenn sie unbefugt eine Firma führen".

Was die unter einem derartigen, unberechtigter Weise geführten Handelsnamen abgeschlossenen Ge-

1) Goldmann 31. Cosack 88. Düringer-Hachenburg 97. Lehmann-Ring 41.

2) 195.

schäfte anlangt, so sind dieselben gültig, sofern es feststeht, daß der betreffende Minderkaufmann mit der Person, die unter diesem Namen gehandelt hat, identisch ist [1]). Eine Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums in der Person des Gegenkontrahenten wird man dem Vertragsgegner des Minderkaufmanns wohl kaum zubilligen können, da es für ihn weniger darauf ankam, mit welchem Inhaber, als mit welchem Geschäft er seinen Vertrag abschloß.

Eine Ausnahme von dem Prinzip der Gültigkeit der unter einem minderkaufmännischen Handelsnamen abgeschlossenen Geschäfte bilden die reinen Formalakte, wie die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten [2]). Ein Wechsel muß mit den Namen oder der Firma gezeichnet sein. Eine Firma hat der Minderkaufmann nicht. Also ist ein von ihm ausgestellter Wechsel nur dann gültig, wenn er mit seinem Namen gezeichnet ist [3]). Ebenso kann im Grundbuch nur der wirkliche Name eingetragen werden [4]).

Wie aber steht es mit der Führung eines besonderen Handelsnamens durch den Minderkaufmann im Prozeß? § 17 H.G.B. sagt: „Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden". Ein Minderkaufmann hat keine Firma, für ihn gelten also die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, das heißt, er kann nur unter seinem Namen klagen und verklagt werden.

Trotzdem wird man annehmen müssen, daß eine an einen Minderkaufmann unter seinem unberechtigter

1) Goldmann 31. Düringer-Hachenburg 97. R.O.H.G. XVII, 240. XXII, 71.

2) Staub 112. Düringer-Hachenburg 105. R.O.H.G. XII, 173. XIV, 202.

3) Anders Stern, der auch hier wieder die Vorschriften des A.D.H.G.B. u. des H.G.B. gleichstellt.

4) Staub 114. Lehmann-Ring 73.

Weise geführten Handelsnamen erfolgte Zustellung dann als rechtsgültige Klageerhebung anzusehen ist, wenn dieser Handelsname gleich erkennen läßt, wer der Beklagte ist[1]). § 253 Ziffer 1 C.P.O. erfordert nur die Bezeichnung der Parteien. Es wird nicht verlangt, daß diese Bezeichnung in allen Punkten richtig und wahrheitsgemäß ist[2]). In diesem Falle wird der Kläger das Recht haben, die in unwesentlichen Punkten unrichtige Parteibezeichnung im Laufe der mündlichen Verhandlung und zwar ohne Zustimmung des Beklagten abzuändern[3]).

Anders, wenn die Identität des Beklagten mit dem in der Klageschrift benannten nicht ohne Weiteres ersichtlich ist. In diesem Falle liegt ein wesentlicher prozessualer Mangel der Klageerhebung vor. Die Änderung der fehlerhaften Parteibezeichnung ist nur mit Zustimmung des Beklagten möglich. Erteilt dieser seine Zustimmung nicht, so muß die mangelhaft erhobene Klage abgewiesen werden[4]).

Wie nun, wenn die Änderung der fehlerhaften Parteibezeichnung unterbleibt und ein Urteil für den Kläger oder gegen den Beklagten unter seinem zu Unrecht geführten Handelsnamen ergeht?

Die Möglichkeit einer Berichtigung des Urteilstenors nach § 319 C.P.O. wird man hier in den meisten Fällen nicht annehmen können. Denn eine solche Berichtigung ist nur bei Schreibfehlern, Rechenfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten zulässig. Nur dann wird § 319 Anwendung finden, wenn es nach dem ganzen Lauf des Prozesses klar ist, daß das Urteil

---

1) Bovensiepen 78.

2) Weitzsäcker in Busch: Zeitschrift für deutschen Civilprozeß XXVII, 73.

3) Gaupp-Stein 596 bis 598. Seuffert 350.

4) Bovensiepen 79.

gegen eine im Prozeß unter ihrem bürgerlichen Namen hervorgetretene Persönlichkeit ergehen sollte, und der Richter versehentlich in dem Urteilstenor den besonderen Handelsnamen einsetzte [1]). Wenn dies nicht der Fall ist, vor Allem, wenn auch nur der geringste Zweifel an der Identität der Person vorliegt, so kann § 319 nicht eingreifen [2]). In diesen Falle bedarf es einer neuen Klage zur Feststellung der Parteien der Zwangsvollstreckung [3]).

Wie steht es mit der Zwangsvollstreckung, wenn im Urteil der unrichtige Name des Minderkaufmanns stehen geblieben ist? Nach § 750 C.P.O. darf sie nur dann beginnen, „wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind“. Eine namentliche Bezeichnung liegt unter der Angabe des zu Unrecht geführten Handelsnamens nicht vor. Die Zwangsvollstreckung ist unzulässig [4]). In diesem Fall will Göppert [5]) dem Gerichtsvollzieher das Recht zur Nachprüfung einräumen, ob der mit der Firma bezeichnete Gläubiger oder Schuldner zur Zeit des Beginns der Zwangsvollstreckung auch Vollkaufmann war. Dieser Ansicht Göppert's ist nicht beizupflichten, denn man kann doch unmöglich einen nicht juristisch gebildeten Vollziehungsbeamten ermächtigen, die Anordnungen des Richters einer Nachprüfung zu unterziehen [6]). Wenn der Richter in einem Urteile eine Partei mit ihrer Pseudofirma bezeichnet, so stellt er damit für diesen Prozeß fest, daß die Partei

1) Stern 68.
2) Bovensiepen 67.
3) Gaupp-Stein II, 434.
4) Bovensiepen 70.
5) In Goldschmidts Zeitschrift XXXXVII, 278.
6) Bovensiepen 70.

unter ihrem Handelsnamen klagen und verklagt werden konnte [1]). Der Gerichtsvollzieher wird also die Zwangsvollstreckung aus dem vollstreckbaren Schuldtitel vorzunehmen haben. Der Ansicht Stern's [2]), daß derjenige, der die Pfandstücke vorsätzlich der Vollstreckung entzieht, sich nicht strafbar mache, werden wir uns nicht anschließen können. § 137 R.St.G.B. setzt nur voraus, daß die Sachen von den zuständigen Behörden oder Beamten gepfändet sind. Ob materiell rechtmäßig, ist einerlei [3]). Doch können die von der Vollstreckung Betroffenen durch das Gericht die Aufhebung der Zwangsvollstreckung erwirken. Ist dagegen die Zwangsvollstreckung beendet, so hat der Schuldner keine Rechte mehr. Er konnte ja im Laufe des Prozesses die Richtigstellung der Parteibezeichnung selber vornehmen. Materiellrechtlich hat der Gläubiger nur erhalten, was ihm geschuldet wurde; eine Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung wird der Schuldner nicht anstellen können [4]).

Der Minderkaufmann betreibt sein Geschäft unter einem Etablissementsnamen, z. B. „zum weißen Hirsch". Rechtlich steht der Führung eines solchen Namens nichts im Wege [5]). Da er nicht den Inhaber des Geschäfts, sondern das Geschäft selber bezeichnet, kann der Registerrichter nicht auf Grund des § 37[1] einschreiten. Andererseits kann der Etablissementsname mit dem Geschäfte oder ohne dasselbe veräußert werden [6]). Der Ersteher erwirbt allerdings nicht ein aus-

---

1) Staub 121.

2) 67.

3) Oppenhoff 342. Olshausen 545.

4) Bovensiepen 78.

5) „Der Etablissementsname ist eine Schöpfung der reinen Phantasie, die kein Rechtsgut verkörpert." Bovensiepen 36.

6) Anschütz-Völderndorff 115.

schließliches Recht auf die Führung eines solchen Namens. Daher wird er auch nicht durch §§ 12, 823 B.G.B., 37[2] H.G.B. geschützt [1]). Dagegen gewährt § 8 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 dem Etablissementsnamen als „besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts," insoweit Schutz als eine gleiche Bezeichnung darauf berechnet, und geeignet ist, Verwechselungen hervorzurufen. Ebenso gibt § 15 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 dem Geschäftsinhaber einen Anspruch auf Entschädigung, wenn ein Anderer zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr Waren usw. mit den gleichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise bekannten Etablissementsnamen ohne seine Genehmigung versieht, in den Verkehr bringt, oder feilhält.

Über die Frage nach der rechtlichen Beurteilung eines im Firmenregister zu Unrecht eingetragenen minderkaufmännischen Namens siehe unten [2]).

Ein Fall, der in der Praxis ziemlich häufig vorkommt, ist der, daß ein Minderkaufmann sein Geschäft veräußert und dabei dem Erwerber gestattet, seinen alten Namen als Handelsnamen weiter zu führen. Eine solche Weiterführung stellt sich als der Gebrauch eines besonderen Handelsnamens dar, ist also für den Minderkaufmann, der ja sein Geschüft unter seinem bürgerlichen Namen betreiben soll, unstatthaft. Der Name ist ein rein persönliches Recht und deshalb dem Verkehr entzogen. Bezüglich der Firma hat der Gesetzgeber aus Billigkeitsgründen in § 22 eine Ausnahme gemacht, deren analoge Anwendung auf den Minderkaufmann unmöglich ist, einmal weil der Handelsname des Minderkaufmanns keine Firma ist, und dann, weil § 4 bestimmt, daß diese Ausnahme dem Minderkauf-

1) Cosack 89. Lehmann-Ring 41.
2) Vgl. S. 75.

mann nicht zu Gute kommen soll. Bei der Weiterführung eines vollkaufmännischen Geschäfts unter der alten Firma wird das Publikum durch das Handelsregister vor Täuschungen geschützt, ein Schutz, der bei einem minderkaufmännischen Geschäft nicht vorhanden wäre.

Wie nun, wenn der neue Inhaber das Geschäft unter dem alten Handelsnamen weiterführt?

Hier müssen die Kunden, die von dem Inhaberwechsel nichts wissen und in dem Vertrauen auf den alten Namen mit dem Geschäft Verträge abschließen, gegen die ihnen durch den Inhaberwechsel und die unberechtigte Weiterführung des alten Handelsnamens entstehenden Schädigungen geschützt werden. So haben denn Literatur[1]) und Judikatur[2]) den Grundsatz aufgestellt, daß der Veräußerer für die unter seinem Namen abgeschlossenen Geschäfte mithaftet. Ausgeschlossen ist die Haftung, wenn er beweist, daß dem Dritten der Wechsel des Inhabers bekannt gewesen ist.

Über die Frage nach der Haftung des Erwerbes für die alten Verbindlichkeiten des Veräußerers, mit anderen Worten, über die Anwendbarkeit von § 25 bis 27 H.G.B. auf den Minderkaufmann herrscht Streit. Goldmann[3]) führt hierzu aus: Nach § 25[1] haftet der Erwerber eines vollkaufmännischen Geschäfts auch dann für die alten Verbindlichkeiten, wenn er die Firma ohne die Einwilligung des Verkäufers, also unberechtigt, weiterführt. Nach demselben Prinzip müßte der Minderkaufmann, der ja auch nicht zur Führung

---

1) Staub 74. Goldmann 31. Lehmann-Ring 42. Gareis-Fuchsberger 35.

2) Entsch. d. R.G. XII, 12. XV, 36. XIX, 197. O.L.G. Dresden i. Sächs. Archiv VII, 435.

3) 102.

der Firma berechtigt ist, ebenfalls für die alten Schulden haften.

Dagegen ist einzuwenden, daß im ersten Falle Vollkaufmannseigenschaft vorliegt, im zweiten dagegen nicht. Außerdem untersagt § 22 die Führung einer ganz bestimmten Firma, § 4 hingegen die Führung einer Firma überhaupt.

Staub [1]), der sich ebenfalls für die Schuldenhaftung seitens des Erwerbers ausspricht, tut dies, weil es seiner Ansicht nach im Verhältnis zum Dritten lediglich darauf ankommt, ob sich jemand als Vollkaufmann geriert.

Gegen diese Ansicht ist mit dem Reichsgericht [2]) einzuwenden: „Das H.G.B. kennt den Satz nicht, daß jeder Minderkaufmann, der für sein Geschäft einen ihm nicht zustehenden Namen führt und damit den Anschein der Firmenführung hervorruft, allgemein oder doch Dritten gegenüber als Vollkaufmann gelte". Nur in einem Falle werden wir der Staub'schen Ansicht beipflichten müssen, dann nämlich, wenn der Veräußerer bisher den Anschein erweckt hatte, daß eine Firma vorliege und der Erwerber diesen Anschein forterhält [3]). Hier hat sich der Veräußerer durch falsche Angaben Verpflichtungen auferlegt, und für diese muß er einstehen.

Für die Nichtanwendbarkeit der §§ 25 bis 27 spricht außerdem noch folgendes: § 4 H.G.B. schließt den Minderkaufmann von den Vorschriften über die Firma aus. Die §§ 25 bis 27 befinden sich im H.G.B. unter dem Abschnitt „Handelsfirma", sind also Vorschriften über die Firma. Mit Ausnahme von § 25 [3],

---

1) 6./7. Auflage 140, anders 8. Auflage 154.
2) Entsch. d. R.G. LV, 84.
3) Lehmann-Ring 93.

der über die Nichtfortführung der Firma spricht, handeln diese Bestimmungen von den Rechtsfolgen, die bei dem Fortführen der alten Firma entstehen. Es kann sich also nur um Geschäfte handeln, die nach dem Gesetz zur Führung einer Firma berechtigt sind. Daher ist ihre Anwendung auf den Minderkaufmann unzulässig [1]).

Bei der Haftung des Veräußerers für die neuen Schulden des Erwerbers lag der Fall anders. Hier mußte die Haftung bejaht werden, um das Publikum vor einem eventuellen Schaden zu schützen, den es ohne eigene Schuld hätte erleiden können. Ein Grund, der in diesem Falle wegfällt.

Die Frage, ob sich für die Minderkaufleute ein Gewohnheitsrecht herausgebildet hat, wonach §§ 25 bis 27 auf sie analoge Anwendung fände, läßt das Reichsgericht [2]) unbeantwortet. Dagegen spricht, daß das H.G.B. die Minderkaufleute von den Bestimmungen über die Buchführung befreit und nur eine geordnete Buchführung den Stand der Passiva erkennen läßt. Ebenso leugnet das O.L.G. Rostock [3]) das Bestehen eines derartigen Gewohnheitsrechts.

Wir werden uns also der Ansicht des Reichsgerichts [4]) anschließen, wenn es sagt: „Der gesetzliche Übergang der Verbindlichkeiten erscheint nach der Denkschrift zum Entwurf des H.G.B. S. 50 als eine Einräumung an die Verkehrsanschauung, wonach die Firma als die Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten erachtet wird. Die Anwendung des § 25 hat hiernach zur wesentlichen Voraussetzung, daß es sich um das Handelsgeschäft

1) Makower 123, Düringer-Hachenburg 55, 116, R.G. XVII, 99.
2) XVII, 99.
3) Goldschmidts Zeitschr. XXXIV, 566.
4) LV, 85.

eines Kaufmanns handelt, der nicht zu den Minderkaufleuten des § 4 gehört".

Aus denselben Gründen wird eine analoge Anwendung des § 25[1] Satz 2 — der Übergang der in dem Betriebe begründeten Forderungen — auf den Minderkaufmann nicht statthaft sein. Allerdings wird der Schuldner, der ohne etwas von dem Inhaberwechsel zu wissen, an den neuen Inhaber erfüllt, als von seiner Verbindlichkeit befreit gelten müssen[1]).

Was das innere Verhältnis zwischen Verkäufer und Erwerber anlangt, so erwirbt letzterer kein Recht an dem Namen derart, daß ihm der oben[2]) angeführte Rechtsschutz zustände, wohl aber ist der Veräußerer verpflichtet, sich seines alten Geschäftsnamens nicht mehr zu bedienen[3]).

Auf die Fortführung eines minderkaufmännischen Betriebes unter dem alten Handelsnamen nach Vererbung des Geschäfts braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Das, was über die Weiterführung des Geschäfts unter dem alten Namen nach Übertragung unter Lebenden gesagt ist, gilt auch für den Erben. In der Fortführung des Geschäfts, sei es mit, sei es ohne Weiterführung des bisherigen Namens, wird man eine Annahmeerklärung der Erbschaft nicht unbedingt finden können. Es kann dabei lediglich eine Verwaltungshandlung (§ 1959 B.G.B.) vorliegen[4]).

Führt der Minderkaufmann das erworbene Geschäft unter einem anderen Namen weiter, so will Staub[5]) den § 25[3] analog angewendet wissen, da derselbe keine Vorschrift über die Firma enthalte. Dagegen

1) Stern 47.
2) Vgl. S. 53ff.
3) Lehmann-Ring 42.
4) Stern 48.
5) 6./7. Auflage 145, anders Staub, 8. Auflage 160.

ist einzuwenden, daß es an der betreffenden Stelle heißt: „Wird die Firma nicht fortgeführt“. Daraus, sowie aus dem Zusammenhange mit Abs. 1 geht hervor, daß auch hier von einem zur Führung einer Firma berechtigten Handelsgeschäft die Rede ist, diese Vorschrift daher nicht auf Minderkaufleute angewendet werden kann[1]). Endlich sei noch erwähnt, daß auch § 28 keine Anwendung auf Minderkaufleute findet[2]). Das Gesetz spricht von der Firma des bisherigen Einzelkaufmanns und Firmen haben nur Vollkaufleute.

Eine gewisse Regelung des Rechts der Namenführung für Minderkaufleute gibt § 15a der Reichsgewerbeordnung[3]). Diese Vorschrift verpflichtet alle Gewerbetreibenden, die einen offenen Laden haben, oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingang des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen. Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift ist strafbar.

§ 11.

Die Vorschriften über die Handelsbücher.

Die §§ 38 ff. H.G.B. verpflichten den Kaufmann Bücher zu führen, aus denen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich sind. Er muß Kopien der abgesandten Handelsbriefe zurückbehalten und diese Kopien sowie die erhaltenen Handelsbriefe 10 Jahre aufbewahren. Bei Beginn seines Handels-

1) Wolff in Goldschmidts Zeitschrift XLVII, 27.
2) Lehmann-Ring 41.
3) Vgl. Art. 9 E.G.H.G.B.

gewerbes muß er Aktiva und Passiva genau verzeichnen. Er muß jedes Jahr Inventar machen und eine Bilanz in Reichswährung aufstellen. Die Handelsbücher müssen in einer lebenden Sprache und in den Schriftzeichen einer solchen geführt, gebunden und Blatt für Blatt oder Seite für Seite nummeriert sein. Es darf in ihnen weder durchgestrichen noch radiert werden.

Von allen diesen Vorschriften ist durch § 4 H.G.B. der Minderkaufmann ausgenommen. Von größter Wichtigkeit ist diese Bestimmung für den Fall eines Konkurses oder einer Zahlungseinstellung. Der Vollkaufmann, der keine Bücher geführt hat, oder es nicht ordnungsgemäß getan hat, läuft in diesen Fällen Gefahr, zu recht erheblichen Freiheitsstrafen verurteilt zu werden, einerlei, ob er die Absicht hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen oder nicht. Für den Minderkaufmann, der zur Führung von Büchern nicht verpflichtet ist, können diese Strafbestimmungen gar nicht in Betracht kommen. In diesem Falle unterliegt die Frage, ob ein voll- oder minderkaufmännisches Geschäft vorliegt, der Beurteilung des Strafrichters. Nicht maßgebend sind für ihn die Eintragung oder Nichteintragung der Firma ins Handelsregister, ja nicht einmal die Verweigerung der Eintragung [1]).

Irrt sich der Betreffende über seine Vollkaufmannseigenschaft und hat er aus diesem Grunde unterlassen, Bücher zu führen, so liegt Rechtsirrtum vor, der Kaufmann ist strafbar [2]). Ist er dagegen im Irrtum über Tatsachen, die ihn zum Vollkaufmann machen, so liegt Tatbestandsirrtum vor, er ist straffrei [3]).

---

1) Goltdammer im Archiv XII, 789.
2) Entsch. d. R.G. i. Strafs. VIII, 147.
3) Entsch. d. R.G. i. Strafs. I, 49.

Nach § 45 H.G.B. kann das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen. Diese Vorschrift kommt für den Minderkaufmann auch dann nicht in Betracht, wenn er ordnungsgemäß Bücher geführt hat, da unter den hier genannten Büchern nur diejenigen gemeint sind, die den Bestimmungen der vorhergehenden Paragraphen entsprechen, das heißt solche, die von einem Vollkaufmann geführt sind. Die Editionspflicht der Minderkaufleute richtet sich vielmehr nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Nach § 422 C.P.O. „ist der Gegner zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann". Die hier in Frage kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts finden sich in § 810 B.G.B. Danach kann jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, die minderkaufmännischen Handelsbücher einzusehen, von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn diese Bücher in seinem Interesse errichtet, oder in ihnen ein zwischen ihm oder einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist, oder wenn sie Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthalten, die zwischen ihm und einem anderen, oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

Was die Beweiskraft der verschiedenen Handelsbücher anlangt, so gilt nach § 286 C.P.O. der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

Nicht zu den Handelsbüchern im Sinne von § 38 ff. H.G.B. gelten die Tagebücher, zu deren Führung die Handelsmäkler verpflichtet sind[1]). Diese Verpflichtung

1) Ritter 38, Plange 49.

des § 100 bleibt also für die minderkaufmännischen Mäkler bestehen. Nach § 104 finden die Vorschriften über die Tagebücher keine Anwendung auf Personen, die die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen. Ein Mäkler, der Warengeschäfte zwischen Minderkaufleuten vermittelt, wird selbst dadurch nicht Minderkaufmann, sondern er ist nur von der Verpflichtung, Tagebücher zu führen, enthoben. Es kann also ein Mäkler nach § 38 verpflichtet sein, Handelsbücher zu führen, während er nach § 104 keine Tagebücher zu führen braucht. Ebenso kann es vorkommen, daß er nach § 4 von der Führung von Handelsbüchern befreit ist und trotzdem nach § 100 Tagebücher haben muß.

§ 12.

Die Vorschriften über die Prokura.

§ 4 schließt den Minderkaufmann fernerhin von den Vorschriften über die Prokura aus. Welche Wirkung hat es nun, wenn der Minderkaufmann doch einen Prokuristen bestellt?

In diesem Falle wird man zu prüfen haben, was der Minderkaufmann mit der Prokurabestellung tatsächlich gewollt hat. „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften“. Hat der Minderkaufmann nur die Absicht gehabt, eine möglichst weitgehende Vollmacht zu bestellen, so wird man durch das Mittel einer Konversion die fälschlich erteilte Prokura als Generalhandelsvollmacht im Sinne von § 54 H.G.B. ansehen müssen[1]). Letztere kann der Minderkaufmann zu Recht bestellen.

1) Staub 74, Goldmann 32, Lehmann-Ring 42.

Dann werden nur diejenigen Geschäfte, die zwar einem Prokuristen, nicht aber einem General-Handelsbevollmächtigten ohne weiteres zuständig sind, wie z. B. die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, Aufnahme von Darlehen als von einem Nichtbevollmächtigten eingegangen, angesehen werden müssen.

Hat dagegen der Minderkaufmann die Absicht gehabt, nicht eine Handlungsvollmacht gemäß § 54 H.G.B., sondern eine Prokura nach § 48 H.G.B. zu erteilen, so werden wir das Mittel der Konversion nicht anwenden können [1]). Dann werden alle von dem Pseudo-Prokuristen eingegangenen Geschäfte als von einem Nichtbevollmächtigten abgeschlossen anzusehen sein. Die Rechte des Gegenkontrahenten ergeben sich aus §§ 177 ff., 823 B.G.B.

§ 13.

Die Ausnahmen der §§ 348 bis 350.

Nach § 351 H.G.B. finden die Bestimmungen der §§ 348 bis 350 auf den Minderkaufmann keine Anwendung. Diese Paragraphen enthalten für die Vollkaufleute gewisse verschärfte Bestimmungen gegenüber dem B.G.B. § 348 erklärt im Gegensatz zu § 343 B.G.B. das Herabsetzen einer von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafe durch den Richter für unstatthaft, selbst wenn dieselbe unverhältnismäßig hoch ist. § 349 nimmt dem Vollkaufmann, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft war, die Einrede der Vorausklage aus § 771 B.G.B. Durch § 350 ist für die Gültigkeit der Bürgschaft des abstrakten Schuldversprechens und Schuldanerkenntnis, sofern die Bürgschaft auf der

1) Goldmann 32.

Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntnis auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, formloser Abschluß genügend. Diese Paragraphen kommen für den Minderkaufmann nicht in Betracht. Für ihn gilt in dieser Beziehung das Bürgerliche Gesetzbuch. Der Minderkaufmann, der eine Konventionalstrafe versprochen hat, kann dieselbe, wenn er die Überzeugung gewinnt, daß sie unverhältnismäßig hoch ist, später im Wege der Klage herabsetzen lassen, es sei denn, das er dieselbe schon bezahlt hat. Die Einrede der Vorausklage steht ihm im Gegensatz zum Vollkaufmann zu. Bürgschaftserklärung, abstraktes Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis bedürfen der schriftlichen Form.

Der maßgebende Zeitpunkt für diese Bestimmungen ist der Moment des Vertragsabschlusses [1]). Mithin wird ein von einem Minderkaufmann mündlich erklärtes Schuldanerkenntnis auch dann nichtig sein, wenn er nachher Vollkaufmann geworden ist. Hat er aber später dies Schuldanerkenntnis mündlich bestätigt, so gilt dies nach § 141 B.G.B. als Neuvornahme eines nunmehr gültigen Vertrages.

§ 14.

Die übrigen handelsrechtlichen Vorschriften.

Die eben besprochenen §§ 4 und 351 sind die einzigen Bestimmungen des H.G.B., in denen dem Minderkaufmann eine Sonderstellung eingeräumt wird. Alles andere gilt grundsätzlich in gleicher Weise für alle Kaufleute.

Trotzdem wird der Minderkaufmann nicht immer mit dem gleichen Maße gemessen werden dürfen, wie

1) Düringer-Hachenburg 321.

der Vollkaufmann. Die in § 347 zu prästierende Sorgfalt wird bei diesem weitergehen, wie bei jenem[1]). Ebenso wird bei dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang des § 377 ein Unterschied zwischen Minderkaufmann und Vollkaufmann zu machen sein. So wird sich für den Richter innerhalb des Rahmens der gesetzlichen Bestimmungen noch mancher andere kleine Unterschied bei der Beurteilung von vollkaufmännischen und minderkaufmännischen Betrieben finden lassen. Auch werden für Minderkaufleute besondere Handelsusancen[2]) entstehen können, sogar ein besonderes Handelsgewohnheitsrecht wird sich unter Umständen für den Minderkaufmann herausbilden können[3]).

§ 15.

Ausnahmen aus anderen Gesetzen.

Neben dem H.G.B. finden sich in einigen anderen Gesetzen Bestimmungen, die dem Minderkaufmann, oder vielmehr dem Kaufmann, dessen Firma nicht ins Handelsregister eingetragen ist, eine Sonderstellung einräumen.

§ 8 des Reichsgesetzes vom 16. Mai 1894 betreffend die Abzahlungsgeschäfte besagt, daß die Bestimmungen dieses Gesetzes dann nicht Anwendung finden sollen, wenn der Käufer im Handelsregister eingetragen ist.

§ 13 des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896 befreit den Minderkaufmann von den dem Vollkaufmann auferlegten strengen Verpflichtungen.

---

1) Goldmann 34, Düringer-Hachenburg 56, R.O.H.G. XIII. 439.
2) § 346 H.G.B.
3) R.O.H.G. II, 443, XIII, 440.

Nach § 113 G.V.G. kann zum Handelsrichter nur derjenige ernannt werden, welcher als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen oder eingetragen gewesen ist. Dem Minderkaufmann steht weder das aktive noch das passive Wahlrecht zur Handelskammer zu. Er braucht aber auch keine Beiträge zu bezahlen.

Nach Art. 4 Abs. 3 Ziffer 3 der Novelle zum Wuchergesetz vom 19. Juni 1893 findet die Bestimmung über Rechnungslegung zwischen Kaufleuten, deren Firma in das Handelsregister eingetragen ist, keine Anwendung [1]).

§ 16.

Übergangsbestimmungen.

Die Bestimmungen des H.G.B. betreffend die Kaufmannseigenschaft einer Person sind mit dem 1. Januar 1900 in Kraft getreten. Mit diesem Tage sind diejenigen Gewerbetreibenden, auf die die Voraussetzungen des § 4 nicht zutreffen, Vollkaufleute geworden, auch wenn sie unter der Herrschaft des A.D.H.G.B. zum Kreise der Minderkaufleute zählten. Andererseits sind von diesem Zeitpunkte ab diejenigen Vollkaufleute des A.D.H.G.B., die einer der in § 4 aufgezählten Kategorien angehören, zu Minderkaufleuten geworden. Allerdings gelten die letzteren, so lange ihre Firma noch im Handelsregister eingetragen ist, Dritten gegenüber, die sich auf die Eintragung berufen, als Vollkaufleute. § 5 gilt für alle im Handelsregister eingetragenen Minderkaufleute, nicht nur wie Cosack [2])

1) Vgl. nach § 101 G.V.G. u. § 8[3] d. Reichs-Stempel-Gesetz v. 14./1. 1900.

2) 752.

dies will, für die nach dem 1. Januar 1900 eingetragenen.

Frühere Minderkaufleute, die durch das H.G.B. zu Vollkaufleuten geworden sind, haben vom 1. Januar 1900 an alle Rechte und Pflichten eines Vollkaufmanns. Sie dürfen eine Prokura bestellen, haben die Pflicht, ihre Firma im Handelsregister eintragen zu lassen, müssen Handelsbücher führen usw.

Für die Anwendbarkeit des § 351 H.G.B. ist, wie schon oben erwähnt, der Moment des Vertragsabschlusses maßgebend. So ist ein von einem damaligen Vollkaufmann mündlich erklärtes Schuldanerkenntnis auch dann gültig, wenn der Betreffende nach dem Inkrafttreten des H.G.B. Minderkaufmann geworden ist. Andererseits hat ein früherer Minderkaufmann, der jetzt Vollkaufmann geworden ist, für eine vor dem 1. Januar 1900 geleistete Bürgschaft die Einrede der Vorausklage.

Eine von einem bisherigen Vollkaufmann bestellte Prokura verliert ihre Gültigkeit, wenn der Geschäftsinhaber nach dem H.G.B. Minderkaufmann ist. Denn die Prokura kann nicht länger bestehen, als das zur Erteilung einer Prokura fähige Geschäft[1]). Allerdings muß das Erlöschen der Prokura nach § 53 Abs. 3 ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden sein; sonst braucht ein Dritter, der von dem Erlöschen der Prokura nichts weiß, sich dieses nicht entgegenhalten zu lassen[2]). § 15 H.G.B.

1) Plange 61, Staub 238, Düringer-Hachenburg 183, Lehmann-Ring 138.

2) Staub 238, Lehmann-Ring 45.

IV. Abschnitt.

Einzelne Besonderheiten.

§ 17.

Vollkaufmann und Minderkaufmann in einer Person.

Es kann vorkommen, daß ein Vollkaufmann gleichzeitig ein minderkaufmännisches Geschäft betreibt. Hier entsteht die Frage, kann der Inhaber gleichzeitig Voll- und Minderkaufmann sein?

Goldschmidt[1]) sagt in Bezug hierauf: „Der Kaufmannsstand ist unteilbar. Niemand kann zugleich Vollkaufmann und Kaufmann minderen Rechtes sein". Er führt dann weiter aus: Die Erteilung der Prokura ermächtigt den Prokuristen zur Vornahme aller Geschäfts- und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgeschäft mit sich bringt; hätten wir einen Vollkaufmann, der gleichzeitig Minderkaufmann ist, so würde sich eine Prokura auch auf das minderkaufmännische Gewerbe erstrecken. Dies ist aber nach dem Gesetz unmöglich. Ferner ist der Vollkaufmann verpflichtet, Bücher zu führen und alle seine Handelsgeschäfte aufzuzeichnen, der Minderkaufmann aber nicht.

Dieser Ansicht Goldschmidts hält Behrend[2]) mit Recht entgegen, daß der Kaufmannsstand kein in sich abgeschlossener Stand ist. Ebensogut wie Jemand Vollkaufmann und Nichtkaufmann sein kann, läßt sich auch die Vereinigung von Vollkaufmannschaft und Minderkaufmannschaft in einer Person denken. Ein solcher Gewerbetreibender ist nur verpflichtet, über

1) I, 533.
2) 194.

diejenigen Geschäfte Buch zu führen, für die er Vollkaufmann ist. Bezüglich seines minderkaufmännischen Geschäfts braucht er nur insoweit Angaben in seinen Büchern zu machen, als daraus der Stand seines Vermögens hervorgeht. Ein für das Vollhandelsgewerbe bestellter Prokurist ist nicht auch gleichzeitig ein Prokurist für das Minderhandelsgewerbe, sondern höchstens Generalhandelsbevollmächtigter.

Es ergibt sich also, Vollkaufmann und Minderkaufmann sind sehr wohl in einer Person vereinigt denkbar. Bezüglich des Vollhandelsgewerbes hat der Inhaber alle Rechten und Pflichten eines Vollkaufmanns. Für den minderkaufmännischen Betrieb gilt er als Minderkaufmann [1]).

§ 18.

Der zu Unrecht im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann.

Es kann vorkommen, daß der Name eines Minderkaufmanns fälschlicher Weise als Firma im Handelsregister eingetragen ist, z. B. wenn ein Vollhandelsgewerbe allmählich zum Kleinbetrieb herabsinkt und der Inhaber die Löschung der Eintragung im Handelsregister nicht hat bewirken lassen. Diesen Fall hat § 5 im Auge, wenn er bestimmt: „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß

1) Staub 76. Makower 38. Lehmann-Ring 40. Cosack 48. Gareis-Fuchsberger 17. Immerwahr 41. Nur Thöl leugnet noch die Möglichkeit der Vereinigung von Vollkaufmann und Minderkaufmann in einer Person, wenn die beiden Geschäfte dieselbe Firma haben.

es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre". Über die Bedeutung des § 5 H.G.B. herrscht Streit. Nach Schirrmeister's [1]) Ansicht ist diese Bestimmung dahin auszulegen, daß der zu Unrecht Eingetragene tatsächlich Vollkaufmann ist. Zu demselben Resultat müssen Düringer-Hachenburg [2]) und Lehmann-Ring [3]) kommen, wenn sie behaupten, daß § 5 eine unwiderlegliche Rechtsvermutung dafür enthalte, daß der Eingetragene Vollkaufmann sei. Denn wie Staub [4]) richtig ausführt: „besteht das Wesen der Fiktion darin, daß der fehlende Tatbestand durch den Gesetzeswillen ersetzt und nunmehr die Rechtslage so behandelt werden soll, als sei der Tatbestand wirklich vorhanden". Daß der § 5 eine so weitgehende Wirkung hat, werden wir nicht annehmen können. Eine zu Unrecht erfolgte Eintragung kann doch unmöglich die Eigenschaft des Gewerbetreibenden bestimmen [5]). Daß der eingetragene Minderkaufmann nicht Vollkaufmann ist, geht schon daraus hervor, daß die Vollkaufmannschaft weder für den Registerrichter noch für den Strafrichter besteht. Nicht einmal, daß der Eingetragene unbedingt [6]) als Vollkaufmann gilt, werden wir annehmen können, § 5 spricht von einer Berufung auf die Eintragung. Wenn nun gegebenenfalls eine solche Berufung nicht stattfindet, so sind auch die Voraussetzungen des § 5 nicht gegeben, und der Eingetragene gilt nicht als Vollkaufmann [7]).

1) Goldschmidts Zeitschr. IL S. 36 ff.
2) 57.
3) 43.
4) 77.
5) Weiß 40.
6) Wie dies Staub 77, Bovensiepen 44, Ritter 21, Jakobsen 29 wollen.
7) Helmecke 103.

Nach § 5 gilt also der zu Unrecht eingetragene Minderkaufmann, während der Dauer seiner Eintragung demjenigen gegenüber, der sich auf die Eintragung beruft, als Vollkaufmann und ist den Vollkaufleuten in civilistischer Hinsicht gleichgestellt. Er kann nicht einmal zu seinen Gunsten geltend machen, daß dem Dritten seine Minderkaufmannsqualität bekannt, oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war. Andererseits kann er sich selber, dem Dritten gegenüber auf die Eintragung berufen. Während der Dauer derselben hat er alle Rechten und Pflichten eines Vollkaufmanns. Dabei ist es einerlei, ob der zu Unrecht Eingetragene seine Eintragung selber veranlaßt hat. § 5 greift auch dann ein, wenn der Richter gegen den Willen des Minderkaufmanns die Eintragung vorgenommen hat.

Nur die Einrede, daß das unter der eingetragenen Firma betriebene Gewerbe ein Minderhandelsgewerbe sei, ist dem zu Unrecht Eingetragenen versagt. Alle anderen Einreden bleiben bestehen[1]).

Nur in civilistischer Hinsicht nicht auch für das öffentliche Recht gilt der zu Unrecht Eingetragene als Vollkaufmann. „Die Tragweite des § 5 erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechtes, insbesondere des Strafrechts, darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden, zumal die Eintragung auch gegen den Willen des Betroffenen vom Registerrichter herbeigeführt werden kann[2]). Eine Bestrafung nach §§ 239, 240 K.O., wenn der zu Unrecht Eingetragene keine Bücher geführt hat, wird daher unmöglich sein.

1) Plange 44.

2) Denkschrift bei Hahn, Mater. 203, 204.

Ebenso unterliegt er nicht der Verpflichtung des § 15a Abs. 2 G.O., seine Firma an der Außenseite des Geschäfts anzubringen [1]).

Auch für das Prozeßrecht gilt der zu Unrecht Eingetragene nicht als Vollkaufmann, Hierzu wird von manchen Seiten behauptet, daß der Minderkaufmann unter seiner fälschlich eingetragenen Firma klagen und verklagt werden kann [2]). Denn die genannten prozessualen Vorschriften sind, wie Bang [3]) und Helmecke [4]) ausführen, zur sachgemäßen Durchführung der Vorschriften des Privatrechts gegeben, bei deren Ausschluß man der Tatsache der Firmenführung eine ihrer wichtigsten Rechtsfolgen nehmen würde. Stern [5]) begründet diese seine Ansicht, indem er ausführt, daß § 253 C.P.O. dem Civilrecht die Bestimmung überließe, was die gesetzliche Bezeichnung der Parteien sei.

Dem ist entgegen zu halten [6]), daß § 5 H.G.B. die Gleichsetzung des zu Unrecht Eingetragenen und des Vollkaufmanns nur in privatrechtlicher Beziehung herbeiführen kann. Es ist aber eine Frage des Prozeßrechtes und damit des öffentlichen Rechts, unter welchem Namen eine Partei im Prozeß aufzutreten hat, und wir werden dem § 5 unmöglich einen Einfluß auf die Gestaltung öffentlicher Rechte einräumen können. Der Prozeßrichter wird vielmehr in zweifelhaften Fällen die Rechtmäßigkeit der Eintragung in das Firmenregister nachzuprüfen haben. Wenn Schirrmeister [7]) behauptet, daß durch das Recht zur Nach-

1) Staub 205.
2) Staub 77, 118; Plange 44; Lehmann-Ring § 35.
3) 92.
4) 104.
5) 71.
6) Bovensiepen 45, Göppert in Goldschmidts Zeitschr. IIIL, 268.
7) Goldschmidts Zeitschr. IIL, 41.

prüfung seitens des Prozeßrichters die Rechtssicherheit gefährdet werde, so ist dagegen einzuwenden, daß gerade durch die Möglichkeit einer doppelten Prüfung, bei Eintragung in das Register, und im Prozeß die Rechtssicherheit nur erhöht werden kann.

Ebenso wird ein zu Unrecht Eingetragener nicht gemäß § 113 G.V.G. zum Handelsrichter ernannt werden dürfen [1]). Das Gesetz spricht zwar nur von Personen, die in das Handelsregister eingetragen sind. Doch ist diese Stelle jedenfalls dahin zu interpretieren, daß nur zu Recht Eingetragene Handelsrichter werden können; und das ist ein Minderkaufmann niemals.

In civilistischer Hinsicht hingegen gelten alle für den Vollkaufmann erlassenen Bestimmungen — nicht nur die handelsrechtlichen [2]) — in gleicher Weise auch auf den eingetragenen Minderkaufmann.

Anderer Meinung ist Staub [3]) bezüglich § 22 H.G.B. Der zu Unrecht Eingetragene habe kein Firmenrecht, könne es also auch nicht veräußern. Daher erwürbe der Ersteher einer Scheinfirma kein Firmenrecht. Derselben Ansicht ist Ritter [4]), da niemand mehr Recht auf einen anderen übertragen könne, als er selbst habe. Der Grundsatz: „Hand in Hand könne hier keine Anwendung finden, weil die Firma nicht zu den beweglichen Sachen gehört.

Staub widerspricht an dieser Stelle dem von ihm aufgestellten und überall durchgeführten Grundsatz: Wer sich im Rechtsverkehr als Kaufmann geriert, muß im Verhältnis zu Dritten als Kaufmann angesehen werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt der

1) Bovensiepen 45.
2) z. B. § 13 d. Ges. v. 5. Juli 1896.
3) 135.
4) 60.

Eingetragene, soweit sich jemand auf seine Eintragung beruft, in civilistischer Hinsicht als Vollkaufmann, und es ist unerfindlich, warum gerade § 22 eine Ausnahme hiervon bilden sollte. Gewiß ist die Firma keine bewegliche Sache. Hier handelt es sich aber um Veräußerung eines Geschäfts mit einer Firma. Die Firma gehört, sobald sie eingetragen ist, zum Geschäft, kann also auch mit diesem veräußert werden[1]).

Nur solange die Eintragung besteht, gilt der Eingetragene als Vollkaufmann. Sowohl er wie jeder Dritte, der ein Recht dazu hat, kann die Eintragung beseitigen lassen. Insbesondere ist der Registerrichter hierzu verpflichtet, sobald er erfährt, daß der Eingetragene ein Minderkaufmann ist.

Für die Geschäfte, die der Eingetragene während der Zeit seiner Eintragung eingegangen hat, kann verlangt werden, daß sie als von einem Vollkaufmann abgeschlossen gelten. Der entscheidende Moment ist der Augenblick der Eintragung. Die Bekanntmachung dürfte nicht notwendig sein[2]). § 15 spricht nur von den ins Handelsregister einzutragenden Tatsachen, kommt also hier nicht in Betracht. Der Umstand, daß ein minderkaufmännischer Betrieb als Vollhandelsgewerbe gilt, ist keine wirklich bestehende Tatsache im Sinne des § 15. Wir haben es hier mit einer Rechtsfrage, nicht mit einer Tatfrage zu tun[3]). Denn nach § 5 ist die Eintragung nicht Voraussetzung der Entstehung der Vollkaufmannseigenschaft, sondern der Geltung als solcher. Bei richtiger Anwendung des Gesetzes soll der Minderkaufmann ja gerade nicht eingetragen werden[4]).

1) Bang 93.
2) Anderer Meinung: Plange 46, Weiß 40, Lehmann-Ring 44.
3) Düringer im „Recht“ 1900 S. 93.
4) Bang 90, Bovensiepen 47.

Die Löschung der Minderkaufmannsfirma dagegen ist eine einzutragende Tatsache. Daher braucht sie ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kannte, oder wenn sie veröffentlicht war [1]).

§ 19.

Vereinigungen von Personen zu einem minderkaufmännischen Geschäftsbetrieb.

§ 4 Abs. 2 H.G.B. schreibt vor: „durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden.“ Beide Gesellschaften haben zur Voraussetzung: Betreiben eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Nach § 4 haben Minderkaufleute keine Firma, so daß auch ohne die Vorschrift des § 4 Abs. 2 durch Vereinigungen zum Betriebe eines minderkaufmännischen Geschäfts niemals eine der beiden Gesellschaften entstehen könnte. Vereinigen sich Kleinkaufleute, die als solche Minderkaufleute sind, zum gemeinschaftlichen Betriebe ihres Geschäfts, und nimmt durch diese Vereinigung ihr Gewerbe einen genügend großen Umfang an, so kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft entstehen. Anders beim Handwerk, wo ja der große Umfang auf die Stellung als Minderkaufleute keinen Einfluß hat [2]).

Vereinigungen zum Betriebe eines minderkaufmännischen Gewerbes fallen unter die Vorschriften des B.G.B. über Gesellschaften [3]). (§ 705 ff.) Dabei

1) Düringer in „Das Recht“ 1900 S. 93.

2) Plange 24, Helmecke 89, Weiß 40.

3) Daß durch Vereinigung von Minderkaufleuten ein nicht rechtsfähiger Verein entsteht, wird wohl selten vorkommen.

bleibt es ihnen allerdings unbenommen, ihren Gesellschaftsvertrag mit Wirkung nach innen so zu gestalten, daß dieselbe einer der ihnen durch das H.G.B. verschlossenen Gesellschaftsformen ähnlich wird[1]). So können sie bestimmen, daß der eine Teil der Gesellschafter den übrigen gegenüber eine den Kommanditisten ähnliche Stellung einnehmen soll. Ebenso können sie durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern mehr Vertretungsmacht geben wie anderen. Eine volle Gleichheit zwischen diesen Gesellschaften und der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft kann jedoch niemals erzielt werden. Denn nur die dispositiven Bestimmungen können abgeändert werden, nicht also z. B. die über Firmen, Parteifähigkeit, beschränkte Haftung des Kommanditisten erlassenen. Ebenso können die zwingenden Vorschriften des B.G.B. nicht durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden, sodaß z. B. die Bestimmung des § 725 B.G.B., wonach der Privatgläubiger eines Gesellschafters ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist die Gesellschaft kündigen kann, nicht durch die entsprechende Vorschrift des H.G.B. ersetzt werden darf.

Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sind laut Bestimmung des § 6 Abs. 2 unbeschadet des Betriebes eines minderkaufmännischen Gewerbes stets Vollkaufleute[2]). Da bei ihnen im Gegensatz zur offenen Han-

---

1) Goldmann 32, Cosack 676, Lehmann-Ring 42, Düringer-Hachenburg 32.

2) Anderer Ansicht Gareis 24. § 6[2] sagt zwar nur, daß die Vorschriften des § 4 Abs. 1 auf derartige Vereine keine Anwendung finden sollen. Doch wird man kaum annehmen können, daß die übrigen für Minderkaufleute erlassenen Vorschriften auf sie anwendbar sind.

delsgesellschaft und zur Kommanditgesellschaft Träger der Kaufmannseigenschaft die Gesellschaft als solche ist, kann sich jeder Minderkaufmann ebensowohl wie jeder Nichtkaufmann daran beteiligen.

Desgleichen kann ein Minderkaufmann stiller Teilhaber sein. Ebenso Kommanditist im Geschäft eines Vollkaufmanns. Letzteres ist allerdings bestritten [1]), doch wird man annehmen müssen, daß der Kommanditist als solcher nicht Kaufmann ist [2]). Sein Name ist weder in der Firma enthalten noch bekannt gemacht worden. Er tritt nach außen hin nicht hervor.

An Gesellschaften des H.G.B. kommen für den Betrieb eines minderkaufmännischen Gewerbes weiter noch in Betracht: die stille Gesellschaft und die Rhederei [3]). Diese sind, wenn sie ein Handwerk oder ein Kleingewerbe betreiben, Minderkaufleute.

---

1) Lehmann-Ring 7 ff. Casack 534. Hahn 21.

2) Goldmann 4. Staub 33. Düringer-Hachenburg 26. Behrend 105. Goldschmidt 469. Anschütz-Völderndorff 4.

3) Plange 29 ff.